





ندوة (الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم)

المنعقدة في رحاب جامعة الملك عبد العزيز بجدة

خلال الفترة ١٠- ١١ جمادى الآخرة ١٤٣١هـ ، الموافق ٢٤- ٢٥ مايو ٢٠١٠م

بالتعاون مع مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي،

والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية

الصكوك الإسلامية

"رؤية مقاصدية"

إعداد

د.عبدالباري مشعل

المدير العام لشركة رقابة للاستشارات في بريطانيا

الرعـــــــــــــــــــاة









بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

فاكتب هذا البحث "صكوك الاستثمار الإسلامية: رؤية مقاصدية" بناء على استكتاب من سعادة الأمين العام لمنظمة المؤتمر الإسلامي للمشاركة به في الندوة التي يقيمها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع جامعة الملك عبدالعزيز بجدة.

ويهدف هذا البحث إلى تقويم واقع الصكوك الإسلامية برؤية مقاصدية في ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: فقه الصكوك الإسلامية بين النظرية والواقع
- المبحث الثاني: أسس الرؤية المقاصدية
- المبحث الثالث: معايير تقويم الصكوك على أساس مقاصد الشريعة.

١. فقه الصكوك الإسلامية بين النظرية والواقع

١,١. في سبتمبر ٢٠٠١ أصدرت مؤسسة نقد البحرين صكوكاً إسلامية لتمويل مشاريع بنى تحتية وحكومية، ومنذ ذلك الحين احتدم النقاش الفقهي الجاد في من دورتين لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في كل من مسقط ٢٠٠٧ والشارقة ٢٠٠٩، حول تقويم تطبيقات الصكوك مقارنة بالأحكام الفقهية المستقرة للإجارة والمشاركة والمضاربة، والتي صدرت بشأنها قرارات مجمعية[1]، ومعايير شرعية من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في مملكة البحرين[2].

١,٢. ورغم اتفاق الفقهاء المعاصرين بأغلبيتهم على عدم شرعية عدد من تطبيقات صكوك المضاربة والمشاركة؛ بل وبعض تطبيقات الإجارة، إلا أن تلك التطبيقات التي تعد مخالفة للأحكام التي استقرت مجمعياً وعلى مستوى المعايير؛ قد تكررت واستمرت في التزايد والانتشار وتحوز على الإجازة الشرعية من بعض الفقهاء المعاصرين.

١,٣. وقد شهدت الصكوك الإسلامية مرحلة انتقالية فاصلة على المستوى الفقهي النظري في عام ٢٠٠٧، عندما صرح رئيس المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات بأن خمسة وثمانين بالمائة من صكوك المضاربة والمشاركة المصدرة مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية. وقد أحدث هذا التصريح بلبلة في سوق الصكوك عالمياً وانخفضت الإصدارات الجديدة بشكل واضح.

---

1 ينظر قرار المجمع الفقهي الإسلامي في صكوك الإجارة، وقراره في صكوك المشاركة.
2 تنظر المعايير الشرعية، للمضاربة، والإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، والضمانات، والشركة والشركات الحديثة.

١,٤.وقد تيسر لي الاطلاع على دراسات لعدد من الصكوك المصدرة في منطقة الخليج وعلى وجه الخصوص في الكويت والسعودية والإمارات وقطر[١] ويمكن ذكر أبرز الملاحظات الشرعية التي أثيرت حول تطبيقات الصكوك وذلك فيما يأتي:

١,٤,١. ضمان القيمة الاسمية من قبل المضارب أو الشريك المدير أو الوكيل بالاستثمار بذرائع منها:

١,٤,١,١. تعهد المصدر الملزم بشراء أصول الصكوك بقيمتها الاسمية في نهاية مدة المضاربة أو المشاركة أو الوكالة، على أساس الفصل بين شخصية العقد وشخصية المضارب أو الشريك أو الوكيل في الاستثمار.

١,٤,١,٢. تعهد المصدر الملزم بضمان رأس المال في وثيقة مستقلة عن عقد المضاربة والوكالة أو عقد إصدار الصكوك.

١,٤,١,٣. تعهد المضارب الملزم بإقراض محفظة الصكوك بغرض ضمان توزيعات أرباح بمستوى معين.

١,٤,١,٤. توزيعات الأرباح على الحساب دون وجود آلية للتحاسب المستقبلي بين حملة الصكوك والمضارب أو الشريك المدير، خاصة في الصكوك المتداولة.

١,٤,١,٥. التزام المضارب بتوفير تمويل مشروع للمضاربة بغرض ضمان توزيعات أرباح بمستوى معين.

١,٤,٢. الصورية في عقود الإجارة المنتهية بالتمليك التي تقوم عليها صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك، ومن مؤيدات ذلك:

١,٤,٢,١. النص على عدم أحقية حملة الصكوك في التصرف في العين المؤجرة في حال إخفاق المستأجر في سداد الإيجارات وفسخ عقد الإجارة، واقتصار أحقيتهم في الإيجارات.

١,٤,٢,٢. شبهة بيع الوفاء، إذ تقوم بعض صكوك الإجارة على شراء العين من المصدر وإعادة إجارتها عليه بالتمليك، مع الإلزام بإعادة الإجارة[٢].

---

1 من الإصدارات السعودية : صكوك البنك السعودي الهولندي، وصكوك دار الأركان وصكوك شركة الكهربا وصكوك البنك الإسلامي للتنمية. من الإصدارات الإماراتية: صكوك مصرف الإمارات الإسلامي، وصكوك بنك دبي الإسلامي وصكوك سنتر دبي، وصكوك بنك أبو ظبي الوطني، وصكوك المنطقة الحرة جبل علي، وصكوك دانة غاز، وصكوك موانئ دبي، وصكوك مركز دبي المالي، وصكوك طيران الإمارات. من الإصدارات البحرينية: صكوك البحرين الحكومية، وصكوك دار الاستثمار الكويتية.

2 ينظر أبحاث ومناقشات الملتقى الفقهي الأول لمصرف الراجحي بشأن إجارة العين لمن باعها إجارة منتهية بالتمليك. وخاصة بحث الدكتور نزيه حماد، في هذا الملتقى وبحثه في دورة المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في دورته بمسقط.

١,٤,٢,٣. ضمان القيمة الاسمية من قبل المضارب أو الشريك المدير أو الوكيل في الاستثمار خلال التعهد بشراء أصول المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في نهاية عقد الإجارة أو عند إطفاء الصكوك.

١,٤,٢,٤. بعض أصول الصكوك غير قابلة لأن تملك من حملة الصكوك من الناحية القانونية كالأصول السيادية، وحقوق الامتياز لبعض الشركات الحكومية أو شبه الحكومية.

١,٤,٣. عدم التوافق بين الفتوى وبين مستندات الصكوك أو بين الفتوى وتطبيقات الصكوك، وبيانه فيما يأتي:

١,٤,٣,١. اقتصرت الإجازة الشرعية في بعض تطبيقات الصكوك على هيكل الصكوك وإجراء التعديلات عليه من قبل الهيئة الشرعية المعنية دون التأكد من تضمين التعديلات في المستندات الكاملة للصكوك وعلى وجه الخصوص عقود الإجارة والمضاربة والمشاركة والوكالة والتعهدات بالشراء والمواد الخاصة بحالات الإخفاق في كل هذه العقود. وهذا يعني أن الفتوى لم تلامس المستندات التي جرى توقيعها من الأطراف ذوي العلاقة والتي كان من الواجب أن تشملها الإجازة الشرعية.

١,٤,٣,٢. لم يتجاوز اهتمام الهيئة الشرعية في بعض تطبيقات الصكوك إلى أكثر من الإجازة الشرعية للهيكل أو الهيكل والمستندات، ولذا لم تتوافر أي تأكيدات ملائمة بشأن استخدام حصيلة بيع الصكوك في الغرض الذي أصدرت من أجله، أو بالطريقة المحددة في مستندات الصكوك، أو بشأن مدى تحقيقها للعوائد المتوقعة والموزعة؛ بل لا توجد أي تأكيدات بشأن استمرار وجود أصول الصكوك.

١,٥.وعلى إثر هذا التصريح تداعى المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في ثلاثة اجتماعات بين عامي ٢٠٠٧ و ٢٠٠٨ لتقويم تلك التطبيقات وإصدار الرأي الشرعي الذي يمثل رأي المجلس الشرعي للهيئة وفيما يأتي نص البيان الذي صدر في هذا الشأن:

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الكريم وعلى آله وأصحابه أجمعين. أما بعد،

فإن المجلس الشرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI) نظراً لاتساع تطبيق الصكوك عالمياً والإقبال العام عليها ومايثار حولها من ملاحظات وتساؤلات، بحث موضوع إصدار الصكوك في ثلاثة اجتماعات :

أولاً : بالمدينة المنورة بتاريخ 12 جمادى الآخرة 1428 هـ، الموافق 27 يونيو 2007
وثانيا : بمكة المكرمة بتاريخ 26 شعبان 1428 ه الموافق 8 سبتمبر2007
وثالثاً : بمملكة البحرين بتاريخ 7 و 8 صفر 1429 ه الموافق 13 و 14 فبراير2008 ،

بعد ما اجتمعت اللجنة المنبثقة منه بتاريخ 6 محرم 1429 ه الموافق 15 يناير 2008 بمملكة البحرين بحضور عدد كبير من ممثلي مختلف البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية وقدمت تقريرها إلى المجلس الشرعي. وبعد النظر فيما دار في هذه الاجتماعات، والأوراق والبحوث التي قدمت فيها، فإن المجلس الشرعي إذ يؤكد على ما ورد بشأن الصكوك في المعايير الشرعية يوصي المؤسسات المالية الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية أن تلتزم عند إصدار الصكوك بما يأتي :

أولاً : يجب أن تمثل الصكوك القابلة للتداول ملكية حملة الصكوك بجميع حقوقها والتزاماتها، في موجودات حقيقية من شأنها أن تتملك وتباع شرعاً وقانوناً، سواء أكانت أعياناً أم منافع أم خدمات، وفقاً لما جاء في المعيار الشرعي رقم (17) بشأن صكوك الاستثمار، بند (2) وبند5 ويجب على مدير الصكوك إثبات نقل ملكية الموجودات في سجلاته وألا يبقيها في موجوداته.

ثانياً :لايجوز أن تمثل الصكوك القابلة للتداول الإيرادات أو الديون ، إلا إذا باعت جهة تجارية أو مالية

جميع موجوداتها، أو محفظة لها ذمة مالية قائمة لديها ودخلت الديون تابعة للأعيان والمنافع غير مقصودة في الأصل وفق الضوابط المذكورة في المعيار الشرعي رقم (21) بشأن الأوراق المالية.

ثالثاً :لا يجوز لمدير الصكوك، سواء أكان مضارباً أم شريكاً أم وكيلاً بالاستثمار أن يلتزم بأن يقدم إلى حملة الصكوك قرضاً عند نقص الربح الفعلي عن الربح المتوقع، ويجوز أن يكون احتياطي لتغطية حالة النقص بقدر الإمكان، بشرط أن يكون ذلك منصوصاً عليه في نشرة الاكتتاب .ولا مانع من توزيع الربح المتوقع تحت الحساب وفقاً للمعيار الشرعي رقم (13) بشأن المضاربة، بند8 / ٨ أو الحصول على تمويل مشروع على حساب حملة الصكوك.

رابعاً : لا يجوز للمضارب أو الشريك أو وكيل الاستثمار أن يتعهد بشراء الأصول من حملة الصكوك أو ممن يمثلهم بقيمتها الاسمية عند إطفاء الصكوك في نهاية مدتها ويجوز أن يكون التعهد بالشراء على أساس صافي قيمة الأصول أو القيمة السوقية أو

القيمة العادلة أو بثمن يتفق عليه عند الشراء، وفقاً لما جاء في المعيار الشرعي رقم (12) بشأن الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة بند ٢/٦/١/٣، وفي المعيار الشرعي رقم ٥ بشأن الضمانات بند ١/٢/٢ و ٢/٢/٢ علماً بأن مدير الصكوك ضامن لرأس المال بالقيمة الاسمية في حالات التعدي أو التقصير ومخالفة الشروط، سواء أكان مضارباً أم شريكاً أم وكيلاً بالاستثمار. أما إذا كانت موجودات صكوك المشاركة أو المضاربة أو الوكالة بالاستثمار تقتصر على أصول مؤجرة إجارة منتهية بالتمليك، فيجوز لمدير الصكوك التعهد بشراء تلك الأصول عند إطفاء الصكوك بباقي أقساط الأجرة لجميع الأصول، باعتبارها تمثل صافي قيمتها.

خامساً : يجوز للمستأجر في التعهد في صكوك الإجارة شراء الأصول المؤجرة عند إطفاء الصكوك بقيمتها الاسمية على ألا يكون شريكاً أو مضارباً أو وكيلاً بالاستثمار.

سادساً :يتعين على الهيئات الشرعية أن لا تكتفي بإصدار فتوى لجواز هيكلة الصكوك، بل يجب أن تدقق العقود والوثائق ذات الصلة وتراقب طريقة تطبيقها، وتتأكد من أن العملية تلتزم في جميع مراحلها بالمتطلبات والضوابط الشرعية وفقاً للمعايير الشرعية، وأن يتم استثمار حصيلة الصكوك وماتتحول تلك الحصيلة إليه من موجودات بإحدى صيغ الاستثمار الشرعية وفقاً للمعيار الشرعي رقم (17) بشأن صكوك الاستثمار، بند ٥/١/٨/٥.

هذا ويوصي المجلس الشرعي المؤسسات المالية الإسلامية أن تقلل في عملياتها من المداينات، وتكثر من المشاركة الحقيقية المبنية على قسمة الأرباح والخسائر ، وذلك لتحقيق مقاصد الشريعة.

وآخر دعوانا أن الحمدلله رب العالمين.

١,٦.كان لبيان المجلس الشرعي أثر في إيضاح الرأي الفقهي للقضايا المفصلية في شرعية الصكوك المتداولة، والتأكيد على أن بعض تطبيقات الصكوك لا تتوافق مع الأحكام الفقهية التي تضمنها البيان؛ بيد أن هذا البيان لا يتمتع بالإلزام من الناحية القانونية. فما يصدر عن أيوفي لا يتمتع بالإلزام إلا في حال ألزمت به سلطة إشرافية، أو ألزمت به هيئة شرعية نفسها بإرادتها. ولذا فإن البيان لم يحد من التطبيقات المخالفة لما تتضمنه من أحكام؛ حتى ممن اشتركوا في إصداره. وهو الأمر الذي يحتاج إلى التفكير في معالجات أكثر فاعلية في منع التطبيقات المخالفة. وهو ما سيتم تناوله في المبحث التالي.

٢. **أسس الرؤية المقاصدية:**

٢,١.ما يتناوله هذا المبحث استند إلى دراسة تفصيلية لكل من مقاصد الشريعة، وأسس تقييد الحق الخاص بمراعاة حق الغير. وقد تم إدراج تلك الدراسة المعمقة في

ملحقين في هذا البحث، حرصاً على تسلسل بناء الرؤية المقاصدية وعدم الفصل الطويل بين عناصرها. وقد احتوت الملحقان نتائج خاصة للباحث في كل من المقاصد وأسس التقييد، وكانت تلك النتائج محل الاعتبار هنا.

٢,٢. إن إصدارات الصكوك الإسلامية ليس من المسائل الفردية أو الأعمال محدودة التأثير على مستوى المجتمع؛ بل تعد قضية عامة بسبب تأثيرها على جمهور عريض من الناس الذين يكتتبون فيها أو يشترونها بشكل مباشر أو من خلال مساهماتهم في مؤسسات اكتتبت فيها، وخاصة أن العديد من الصكوك متداولة في الأسواق المالية في عدد من الدول. ولذا فإن التصدي لها يجب أن يراعي مقاصد الشريعة والمصلحة العامة لتأثيرها في عموم الأمة.

٢,٣. من أبرز نتائج الخلاف الفقهي بين مجيزي بعض تطبيقات الصكوك المخالفة لقرارات المجمع وبيان المجلس الشرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة آنف الذكر هو وجود فتاوى شرعية من هيئات شرعية لمؤسسات مالية إسلامية تمنع من الاكتتاب والمساهمة في تلك الصكوك؛ الأمر الذي يحدث أثراً سلبياً مهماً للخلاف الفقهي في القضايا المالية العامة. ومن أهم ملامح هذا الأثر أن القائل بالمنع لا يعذر القائل بالجواز على أساس أن خلاف المجيز ضعيف جداً أو شاذ؛ بل ومخالف لاجماع الفقهاء المعاصرين من خلال المجامع الفقهية والمجلس الشرعي بهيئة المعايير. وهذا الأثر للخلاف الفقهي يستوجب نظرة مقاصدية ومصلحية عامة تحد منه؛ بل وتمنعه.

٢,٤. إن التصرف الفردي بالأموال له أحكامه الفقهية الخاصة التي يمكن أن يرتضيها كل شخص من مفتيه الخاص؛ لكنني أرى ان حيازة جهة خاصة على جزء كبير من ثروة الأمة من خلال مؤسسة كالبنوك الإسلامية أو قناة استثمارية كالصكوك الاستثمارية يتطلب أحكاما خاصة على مستوى الاجتهاد والاختلاف الفقهي، وعلى مستوى الأغراض المستهدف استخدام تلك الأموال فيها.

٢,٥. من خلال استعراض دقيق وناقد لما سبق في المبحث الأول يلاحظ ما يأتي:

٢,٥,١. إن صكوك الاستثمار الإسلامية المصدرة التي تمثل أبرز ثمار التطور المالي والمصرفي الإسلامي؛ لا تحقق بدرجة ملائمة خصائص هذا النظام ولا تعكس على نحو كافٍ الفروق الجوهرية التي تميزها عن سندات الدين المعروفة في النظام المالى والمصرفي التقليدي.

٢,٥,٢. إن هيكلة عدد من الصكوك لا تتلاءم مع الأسس النظرية والعملية التى قام عليها النظام المالى والمصرفي الإسلامية وأبرزها عدم التركيز على المداينات والتوجه إلى المشاركات والمضاربات الشرعية؛ التى لم تزل بيانات المجامع تنبه لتوجيه الأعمال إليها؛ بل إن بيان المجلس الشرعى لهيئة المحاسبة آنف الذكر ختم بالوصية بها ونصه: "هذا ويوصى المجلس الشرعي المؤسسات المالية الإسلامية أن تقلل في عملياتها من المداينات،

وتكثر من المشاركة الحقيقية المبنية على قسمة الأرباح والخسائر ، وذلك لتحقيق مقاصد الشريعة".

٢,٥,٣. إن هيكلة عدد من الصكوك قد اهتمت بشكلية العقود بغرض التوصل إلى جواز أو صحة تلك الصكوك من الناحية الشرعية، وكان هذا الاهتمام على حساب مقاصد الشريعة.

٢,٦. من المقرر أن اعتبار مقاصد الشريعة عند النظر في العقود كل لا يتجزأ وهو يشمل النظر إلى **الباعث على العقود، وهياكلها، ومآلاتها**. وإهمال أي جزء من ذلك يؤثر في الحكم الشرعي لها. وقد قررنا هذا في بحث المقاصد الملحق بهذا البحث، فالباعث على العقد يجب أن يكون موافقاً لمقصود الشارع، وهذا أصل مبدا تحريم الحيل، كما أن هيكل العقد يجب أن يحقق مقتضاه الشرعي وأن تترتب آثاره عليه وإلا كان صورياً ولذا حرمت العينة، والنظر في ما يؤول إليه العقد يؤثر في شرعيته وهذا أصل مبدأ سد الذرائع.

٢,٧. يترتب على ما سبق أيضاً أن الحكم النهائي على العقد يجب أن يجمع بين **سلامة بنائه وصحة تطبيقه**، ولا يجوز الفصل بين الأمرين بالاقتصار على سلامة البناء دون وضع آليات لضبط التطبيق ومعالجة الخلل؛ وإلا كان العمل الأول غير مشروع لأنه يعد عوناً للمتلاعبين على جعل الشريعة مطية لتحقيق مآربهم غير المشروعة. ويتأكد هذا المعنى في حالة الصكوك المعاصرة التي تستند في بنائها النظري إلى رأي بالجواز من هيئة شرعية خاصة بها. ومن المقرر في كل نظم الهيئات الشرعية أنها لا تقتصر على بيان الحكم الشرعي؛ بل عليها المتابعة للتأكد من تطبيقه.

٣. معايير تقويم الصكوك الإسلامية على أساس مقاصد الشريعة:

٣,١. إن قياس مدى تحقيق منتجات الصكوك الإسلامية لمقاصد الشريعة على مستوى العقود [الباعث، الهيكل، المآل] يجب يستند إلى معايير محددة يمكن أن تستخدم في مراجعة وقياس الأسس النظرية الشرعية للصكوك الإسلامية، وفي مراجعة وقياس سلامة التطبيق العملي لها.

٣,٢. إن مراعاة المعايير الواردة هنا في الاجتهاد والاستنباط وإصدار الحكم الشرعي بشأن منتجات الصكوك الإسلامية يجعل الأسس الشرعية التي تقوم عليها هذه المنتجات، وتطبيقاتها أكثر انسجاماً مع مقاصد الشريعة في المعاملات المالية. وتقسم هذه المعايير إلى ثلاثة أقسام[1] :

[1] تمت الاستفادة في بناء هذه المعايير بعد المراجعة والتنقيح من دراسة للباحث بعنوان "المعايير الشرعية للرقابة والتصنيف"، سبق أن اعتمدت كوثيقة أساسية لعمل هيئة الرقابة والتصنيف بعد دراستها ومناقشتها على مدى خمسة اجتماعات لهيئة الرقابة والتصنيف المكونة من ثمانية عشر عالماً من أنحاء العالم الإسلامي، ويرأسها سماحة الشيخ مختار السلامي، ويشغل منصب نائب الرئيس في الهيئة معالي الدكتور عبدالسلام العبادي.

٣,٢,١. القسم الأول يتعلق بالباعث على العقود.

٣,٢,٢. القسم الثاني يتعلق ببنية وهياكل العقود.

٣,٢,٣. القسم الثاني يتعلق بالنتائج المترتبة على تنفيذ العقود (المآلات).

٣,٣.القسم الأول: معايير تتعلق بالباعث على العقد:

٣,٣,١. عدم الاقتصار على بنية وهيكل العقد من أجل التوصل إلى صحة العقد وجوازه من الناحية الشرعية: ويقصد بهذا المعيار ألا تقتصر فتوى إجازة المنتج على التمسك بالصحة والجواز الشرعي على أساس هيكل المنتج؛ بل ينبغي أن تشتمل بشكل ضمني أو صريح على تعليل الجواز بتحقيق المنتج لمقاصد الشريعة التي تتمثل في تحقيق المصالح ودرء المفاسد بحفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال على مستوى الضروريات والحاجيات والتحسينيات[1].

٣,٣,٢. مراعاة الأولويات: ويقصد بذلك أن يُراعى في الفتوى أو المنتج المجاز بشكل صريح أو ضمني مدى تلبية المنتج للاحتياجات التمويلية على أساس الأولويات الإسلامية من الضروريات ثم الحاجيات ثم التحسينيات، على مستوى المقاصد الخمسة حسب ترتيبها أيضاً. بمعنى ألا يؤدي العمل بالمنتج إلى تحقيق مصلحة يترتب عليه تفويت مصلحة أعلى رتبة منها؛ فلا يجوز أن يتم تمويل الحاجي إذا ترتب عليه هدم الضروري كما لا يجوز تمويل التحسيني إذا ترتب عليه هدم الحاجي مع مراعاة مناط كل من الضروري والحاجي والتحسيني من حيث كونه حفظ الدين أو حفظ النفس ..إلخ، فالضروري المتعلق بحفظ الدين مقدم على الضروري المتعلق بحفظ النفس وهكذا[2].

٣,٣,٣. السلامة الحيل: ويقصد بذلك أن يُراعى في الفتوى أوالمنتج خلو هيكل المنتج من الحيلة كأساس في بنية المنتج وهيكله على نحو يعود على مقصود الشارع بالإبطال، وأن يقوم ابتكار منتجات الصكوك الإسلامية على استهداف تلبية الاحتياجات التمويلية الحقيقية بأقصر الطرق المباشرة لذلك دون تعقيد في التركيب والإجراءات. والتحيل تقديم أمر ظاهر الجواز لتحليل محرم أو إسقاط واجب[3]. ولذلك منع من سلف وبيع ومن العينة وبيع الوفاء وبيع الاستغلال.

٣,٣,٤. تقديم ورعاية المصلحة العامة: ويقصد بذلك أن يُراعى في الفتوى أو المنتج عدم تعارضه كمصلحة خاصة لمجموعة من الناس مع المصالح

---

1 قرارات وتوصيات ندوة البركة الثامنة والعشرين، ١٦- ١٧ سبتمبر ٢٠٠٨.

2 ينظر ميزان الترجيح بين المصالح المتعارضة في الملحق- ١ بهذا البحث.

3 الشاطبي، الموافقات، ج٤، ص١، ٢ وما بعدها. وينظر الملحق- ١ بهذه الدراسة.

العامة، وتقديم هذه المصالح عند التعارض، والالتزام بالقوانين والنظم المعتبرة بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

٣,٣,٥. الوضوح وضمان حسم المنازعات: ويقصد به أن يُراعى في الفتوى أو المنتج الوضوح والشمول لجميع جوانب المعاملة من حيث أركانها الشرعية وتحقق شروط هذه الأركان، والتوثيق الجيد للحقوق والالتزامات بالتوثيقات الشرعية المعتبرة من الكتابة والبينة والشهادة والرهن والكفالة، لتجنب المنازعات والخصومات، أو الضرر بالمال محل المعاملة، وصيانته من الضياع أو الالتباس، وضمان حسم النزاعات بين طرفي المعاملة طبقاً لمرجعية الشريعة الإسلامية، وبالسبل المتاحة سواء عن طريق التحكيم أو التحاكم طبقاً للقوانين واللوائح المرعية.

٣,٤.القسم الثاني: المعايير التي تتعلق بهيكلة العقود:

٣,٤,١. تحقيق هوية المنتج ومصداقية القصد: إن الانسجام بين هوية المنتج ومصداقية القصد في تطبيق المنتج المالي والمصرفي الإسلامي يتطلب أن يعبر هيكل المنتج وتركيبه ومستنداته بوضوح عما يأتي:

٣,٤,١,١. تغطية جميع مراحل التنفيذ.

٣,٤,١,٢. إبراز وتوضيح وتحقيق المفاصل العملية التي تؤثر في شرعية المنتج في كل مرحلة ونفي الصورية فيها. كإبراز الملكية وما يترتب عليها من مكنة التصرف حقيقة، وإبراز الحيازة وما يترتب عليها من تحمل الخطر الذي تتعرض له العين محل الحيازة، وإبراز خصائص المشاركة في حال الشركات من تحمل الخسارة إن وجدت وعدم ضمان العائد.

٣,٤,١,٣. شرح النظم والإجراءات الكفيلة بضمان سلامة تطبيق المنتج من الناحية الشرعية.

٣,٤,٢. اجتناب الربا: هذا المعيار هو جوهر الفرق بين المصرفية الإسلامية والمصرفية التقليدية، ولا يقصد به هنا التركيز على مجرد خلو المنتج من الربا، وإنما إقامته على أسس شرعية بديلة تبرز تميز العمل المالي والمصرفي الإسلامي في نتائج تنفيذ المنتج. ولذا فإنه لا ينسجم مع مقاصد الشريعة بذل الجهد للالتفاف على الربا الصريح باستحداث منتجات تخلو آليات تنفيذها من الربا، لكن هيكلتها التي تجمع بين عدة عقود تجعلها تنعكس في الواقع بنفس آلية التنفيذ والنتائج الربوية من حيث تراكم الدين وتضاعفه على المدين، وتحقق للبنك نفس العوائد الربوية الصريحة ولكن بتأويل.

٣,٤,٣. الخراج بالضمان والغرم بالغنم: إن جوهر الفرق بين التمويلات الإسلامية والتمويلات الربوية هو هذا المبدأ النفيس الذي لم يزل أداة إقناع ملائمة للمشككين في المصرفية الإسلامية؛ خاصة بعد أن طالت الاجتهادات الفقهية فروقاً أخرى فألغتها وأسهمت في فتح باب دعوى التشابه بين المصرفية الإسلامية والمصرفية التقليدية على مصراعيه. ولذا فإن الحفاظ على هذا المبدأ في منتج الصكوك الإسلامية وعدم التحايل على إلغائه يسهم في تحقيق مقتضيات العقود الشرعية. ومما يناقض هذا المعيار تفريغ قاعدتي الغرم بالغنم والخراج بالضمان من مضمونهما بفعل بعض الاختيارات الفقهية التي أسهمت في تقليل المسئولية عن الملكية وتحويل الحيازة الشرعية إلى ناحية شكلية وصورية لا تعكس أي مسئولية للمالك عن ملكه مثل ضمان الصانع (المقاول) لمصدر الصكوك في مواجهة المستصنع حملة الصكوك فيما يتعلق بمحل عقد الاستصناع، والبراءة من ضمان العيب وضمان الاستحقاق والتعرض، وبيع المسلم فيه قبل قبضه.

٣,٤,٤. منع الغرر والجهالة: إن خلو المعاملة من الغرر والجهالة في أركان البيع وشروطه، ينفي النزاع عند تنفيذ المعاملة، ويؤكد خلو المعاملة من محذور شرعي من هذا النوع، وهو من مقاصد العقد. ولذا يجب التنبه إلى مداخل الغرر في الجهود الحثيثة المبذولة لدعم الإجارة المتغيرة والسعر المتغير في بيع المرابحة، وتأجيل تحديد الكمية في المسلم فيه إلى يوم التسليم بدلاً من تحديدها يوم التعاقد، وجعل سعر الاستصناع متغيراً بناءً على تغير تكاليف المستصنع فيه، فكل هذه من مداخل الغرر.

٣,٤,٥. إن البعد عن الربا من حيث الشكل والمضمون والنتائج العملية درجات، وعكس الربا ونقيضه الذي يقابله كأساس للعمل المشروع هو المشاركة في الغرم والغنم، والصيغ الشرعية الأصلية التي تشتق منها المنتجات المالية الإسلامية في حظها من المشاركة في الغرم والغنم ثلاث درجات: أولها المشاركات كالعنان والمضاربة والمساقاة والمزارعة، وأوسطها الإجارات، وأدناها البيوع الآجلة من المرابحة والمساومة والسلم والاستصناع[1]. وفي داخل كل درجة درجات تفرضها طبيعة الشروط التفصيلية للمنتج التي يمكن أن تقلل المشاركة في الغرم إلى حد انعدامها، وتعزز الحصول على الغنم إلى حد ضمانه.

[1] ينظر تأصيل هذه الفكرة في الملحق الثالث من هذه الدراسة.

ولذا فإن تصميم بنية وهياكل الصكوك على أساس المشاركات يعكس ثمرة قاعدة الخراج بالضمان بشكل أكبر من تصميم تلك الهياكل على أساس صيغ البيوع الآجلة والإجارات التي تتشابه بعض آثارها العملية مع المداينة الربوية. وقد جاءت قرارات المجامع وبيان المجلس الشرعي بالحث على اختيار المشاركات في الربح والخسارة والحث على الإكثار منها والتقليل من المداينات.

٣,٤,٦. كفاية الفتوى: إن وجود فتوى بإجازة فكرة المنتج ليس كافياً للحكم بإجازة المنتج المعلن عنه، وإنما يجب أن تشمل الفتوى جميع الجوانب المتعلقة بالمنتج من حيث:

٣,٤,٦,١. تصميم المنتج.

٣,٤,٦,٢. تسويق المنتج.

٣,٤,٦,٣. آلية تنفيذ المنتج.

٣,٤,٦,٤. المستندات والنماذج المستخدمة في ذلك كله.

٣,٥. سلامة التنفيذ العملي: إن وجود فتوى بإجازة المنتج شرط ضروري لإعلان الهوية الإسلامية للمنتج؛ لكنه ليس شرطاً كافيا للحكم بشرعية المنتج المطبق من قبل المؤسسة؛ لأن التنفيذ قد يكون مخالفاً للفتوى.

٣,٦. المؤيدات الموضوعية لسلامة التنفيذ: قد تتفق النتائج النهائية للتطبيق العملي في بعض حالات تنفيذ المنتج مع أحكام الشريعة الإسلامية، لكن هذا ليس كافياً للحكم بسلامة التنفيذ، لأن هناك شروطاً موضوعية لضمان سلامة التنفيذ هي:

٣,٦,١. سلامة تصميم المنتج من حيث الشكل.

٣,٦,٢. سلامة التسويق.

٣,٦,٣. كفاية وكفاءة سياسات وإجراءات تنفيذ بالمنتج.

٣,٦,٤. تكامل المستندات والنماذج والعقود المستخدمة في تنفيذ المنتج.

٣,٦,٥. كفاية وكفاءة الموارد البشرية المعنية بتنفيذ المنتج.

٣,٧. حوكمة التدقيق الشرعي: رغم سلامة تنفيذ المنتج ووجود المؤيدات الموضوعية لسلامة التنفيذ فإن بعض جوانب الحوكمة الخاصة بالمنتج تؤثر في مدى تأهيل المنتج للالتزام الشرعي منها:

٣,٧,١. غياب التدقيق الشرعي الداخلي والخارجي أو أحدهما.

٣,٧,٢. ضعف التدقيق الشرعي الداخلي والخارجي أو أحدهما.

٣,٧,٣. عدم استقلال التدقيق الشرعي الداخلي والخارجي أو أحدهما.

٣,٨. المعايير التي تتعلق بالنتائج المترتبة على تنفيذ المنتج (المآلات):

٣,٩. الأصالة والابتكار: إن تمتع منتجات الصكوك بالأصالة والابتكار يجعلها أكثر انسجاماً مع روح الشريعة وخصائص المصرفية الإسلامية من المنتجات التي نشأت تقليدية ثم تم تحويرها وتطويرها وتركيبها بما يسبغ عليها صفة الشرعية. ومن أبرز ملامح الأصالة والابتكار ما يأتي:

٣,٩,١. صياغة المنتج حسب نوع الاحتياج التمويلي. فإذا كان الاحتياج تملك سلعة استهلاكية فالمنتج المباشر هو البيع، وإذا كان الاحتياج هو تملك المنفعة فقط فالمنتج المباشر هو الإجارة وإذا كان الهدف الاستثمار وتنمية الأموال فالمنتج المباشر هو المشاركة، فصفة الأصالة في المنتج تعني ربط نوع الاحتياج بنوع الصيغة، وصفة الابتكار في المنتج تعني سهولة إجراءاته وتميز شروطه دون إخلال بالحقوق والالتزامات.

٣,٩,٢. تصميم أقصر الجسور لتلبية الاحتياج التمويلي، وهو كما سلف بيانه مما تتميز به الصيغ الشرعية كصفة خَلقية فلا ينبغي تشويهها بالتركيب والتعقيد.

٣,٩,٣. البعد عن التركيب والتعقيد، فمع زيادة التركيب والتعقيد يتم الابتعاد عن الأصالة والابتكار وتزداد التكاليف والإجراءات، والأهم من ذلك كله هو أن التركيب والتعقيد مدخل من مداخل الحيلة للتوصل إلى الممنوع.

٣,١٠. التميز والاستقلالية: إن التميز عن المنتج التقليدي كثمرة لتطبيق العمل المصرفي الإسلامي أمر مطلوب، ويجب أن ينعكس في التصميم والتركيب والتسويق، كما أن الاستقلالية عن المنتج التقليدي في التسعير هدف مطلوب، لإزالة أي ترابط ذهني لدى جمهور العملاء بين التمويل الإسلامي والتمويل التقليدي، وهو من مآلات الأفعال التي تؤثر في تكييف الحكم الشرعي للمنتج ابتداء. ولذلك يجب أن تهتم الفتاوى وجهات تطوير منتجات الصكوك والإدارات التنفيذية لمصدري الصكوك بتحقيق هذا الأساس في المنتجات المطروحة. ويرى البعض أن الصكوك السيادية وكثير من إصدارات الصكوك فشلت في تحقيق هذا التميز والاستقلالية؛ بل إن هناك سعياً حثيثاً لتفريغ المرابحة والمساومة من مضمونها من خلال نفي ضمان العيب والتعرض والاستحقاق ومن ثم نفي المسؤولية عن الملكية كما هو جوهر المنتج التقليدي، كما جميع المنتجات الإسلامية فشلت في تحقيق التميز والاستقلالية على صعيد التسعير.

٣,١١. الأثر التمويلي: إن اختلاف الأثر التمويلي للمنتجات المالية الإسلامية عن أثر التمويل التقليدي يظهر ثمرة الفروق الجوهرية لتطبيق العمل المصرفي الإسلامي

في الواقع، ويحقق انسجام التطبيق مع الأسس التي قامت عليها المصرفية الإسلامية. وأي جهد لإزالة هذا الاختلاف في الأثر التمويلي يؤدي إلى ترتيب مآلات ونتائج لا تتلاءم مع مقاصد الشريعة من تشريع المعاملات، ومن ثمَّ تؤثر في الحكم على المنتج ابتداءً. وهذا يتطلب إعادة النظر في مسائل عديدة تؤثر في شرعية المنتج بالنظر إلى مآلات الأفعال منها:

٣,١١,١. فرض غرامات تأخير على المدينين، ويحصل عليها الدائن بغرض التبرع بها للأعمال الخيرية.

٣,١١,٢. عمليات فسخ الدين بالدين أو قلب الدين على المدين التي انتشرت في عدد من المنتجات المالية.

٣,١٢. التعاون على البر والتقوى وعدم التعاون على الإثم والعدوان: قد تدعو الحاجة إلى التعاون بين المؤسسات المالية الإسلامية والمؤسسات الربوية في مشروعات التنمية التي تتمتع بكبر وضخامة حجمها، لكن لا ينبغي إجراء تمويلات مرابحة للبنوك الربوية حتى لا يؤول إلى إعانة تلك المؤسسات الربوية على المحرم حيث تتوصل البنوك الربوية بهذه الأموال إلى تلبية احتياجات السيولة لديها وسداد الالتزامات وإجراء التمويلات الربوية من الجهة الأخرى. ولذا ينبغي أن يراعى في تطبيق المنتجات الإسلامية ما يأتي:

١. تعزيز التعامل مع البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، وفي بلاد المسلمين بصفة عامة.

٢. تقييد التعامل مع البنوك والمؤسسات المالية التقليدية، وفي بلاد غير إسلامية.

٣,١٣. إعمار الأرض: إن مفهوم عمارة الأرض شامل لكل ما يحقق مصالح العباد والبلاد والأمة ويحفظ قوتها اقتصادياً واجتماعياً وعلمياً ...إلخ. ومن أجل تقويم مساهمة منتجات الصكوك الإسلامية في إعمار الأرض؛ يتطلب أن تسهم في تحقيق أهداف النظام الاقتصادي الإسلامي، وتعزيز أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية مثل:

١. الرواج الاقتصادي وتداول الثروة ومنع الاحتكار.

٢. خلق قيمة اقتصادية مضافة.

٣. التشغيل وتشجيع الكفاءة في استخدام الموارد.

٤. التقليل من عجز ميزان المدفوعات.

٥. مكافحة التضخم.

٦. تحسين توزيع الدخل.

٧. تحسين جودة الحياة المعنوية وحماية البيئة.

٨. تحقيق الأمن الاقتصادي وتحقيق الاستقلال الاقتصادي للأمة.

ومن أجل مساهمة المنتجات المالية الإسلامية في تحقيق وتعزيز هذه الأهداف يمكن أن توجه إلى المجالات الآتية[1]:

١. تنمية رأس المال الإنتاجي الذي يعد قيمة مضافة للاقتصاد.
٢. المشروعات التي تتمتع بالترابط الأمامي والخلفي: أي التي تحدث تسلسلاً حتمياً ومحكم باتجاه نمو صناعة المواد الخام مثلاً أو نمو الصناعات التي تعتمد على منتجات هذا المشروع.
٣. مشروعات خلق العمالة الماهرة وفرص العمل لهذه العمالة.
٤. الاستثمار في مجالات التعليم والصحة والاحتياجات الأساسية.
٥. مشروعات سلع التصدير بغرض توفير النقد الأجنبي.
٦. مشروعات دعم استخدام التكنولوجيا لتعزيز الكفاءة وتقليل التكاليف.
٧. التخفيف من التمويل الاستهلاكي.
٨. دعم مشروعات كسر الاحتكارات القائمة.
٩. تيسير الزواج.
١٠. تمويل الإسكان المتوسط.
١١. تمويل الإعلام الهادف المتميز.

٣,١٤. العناية بالفقراء: إن تصميم المنتجات المالية الإسلامية بغرض إدخال غير الموسرين والفقراء دائرة الكسب والإنتاج يتطلب أن تستخدم هذه المنتجات فيما يأتي:

٣,١٤,١. تمويل الأسر المنتجة والتنمية الريفية والصناعات الصغيرة والحرفيين والمهارات والخبرات.

٣,١٤,٢. الاستفادة من عوامل الإنتاج المتاحة في كل بيئة.

٣,١٤,٣. تقليل حجم الضمانات والكفالات المطلوبة والاهتمام بجدوى المشروعات وتفعيل عمليات المتابعة والإشراف المباشر.

٤. ملخص معايير تقويم منتجات الصكوك:

٤,١. معايير الباعث على العقود:

٤,١,١. معيار مراعاة المقاصد

[1] ينظر: عبد الباري مشعل، "معيار الربحية التجارية للمشروعات الخاصة في الاقتصاد الإسلامي"، رسالة ماجستير، "غير منشورة"، قسم الاقتصاد الإسلامي، كلية الشريعة، جامعة الإمام، ١٤١٢هـ، ص ٢٤.

٤,١,٢. معيار مراعاة الألويات الترتيبية

٤,١,٣. معيار السلامة من الحيل.

٤,١,٤. معيار تقديم ورعاية المصلحة العامة.

٤,١,٥. معيار الوضوح وضمان حسم المنازعات.

٤,٢. معايير بنية وهياكل العقود وتحقيق مقتضيات العقود.

٤,٢,١. معيار الانسجام بين هوية المنتج ومصداقية القصد.

٤,٢,٢. معيار احتناب الربا.

٤,٢,٣. معيار الخراج بالضمان والغرم بالغنم.

٤,٢,٤. معيار منع الغرر والجهالة.

٤,٢,٥. معيار الهيكلة على أساس المشاركة في الربح والخسارة.

٤,٢,٦. معيار الشروط الموضوعية لضمان سلامة التنفيذ.

٤,٢,٧. معيار حوكمة التدقيق الشرعي.

٤,٢,٨. معيار تطابق التنفيذ مع الفتوى.

٤,٣. معايير النتائج المترتبة على تنفيذ العقود (المآلات).

٤,٣,١. معيار الأصالة والابتكار.

٤,٣,٢. معيار التميز والاستقلالية.

٤,٣,٣. معيار الأثر التمويلي.

٤,٣,٤. معيار التعاون على البر والتقوى.

٤,٣,٥. معيار إعمار الأرض والتنمية.

٤,٣,٦. معيار العناية بالفقراء.

ملاحق الدراسة الأولية

إن تقويم الصكوك الإسلامية برؤية مقاصدية تتطلب نظرة تقويمية لفقه الصكوك بين النظرية والواقع ثم وضع أسس لبناء الرؤية المقاصدية ثم استنباط معايير يتم على أساسها تقويم الصكوك برؤية مقاصدية. وإقامة هذا البناء تستوجب فهماً مسبقاً وعميقاً لثلاثة موضوعات هي:

الأول: مقاصد الشريعة

الثاني: ضوابط تقييد التصرفات بالمصلحة العامة.

الثالث: الأسس الفقهية للتقويم وترتيب الصيغ الشرعية.

وحتى لا يطول الفصل بين عناصر البناء آنف الذكر الذي يمثل هدف البحث ترجح للباحث إضافة الموضوعات الثلاثة المذكورة في ثلاثة ملاحق للبحث، تكون بمثابة المؤيدات الأصولية والفقهية للآراء التي تبناها البحث في البحث[1]. وهذه الملاحق على الآتي:

الملحق الأول : مقاصد الشريعة والمآلات.

الملحق الثاني: أحكام تقييد الحق الخاص بمراعاة حق الغير.

الملحق الثالث: أسس التصنيف الشرعي للمنتجات في دائرة المقاصد

الملحق الأول
ملخص في مقاصد الشريعة ومآلات الأفعال

من أهم أسس تقييد الحق الخاص هو اعتبار المصالح في الأحكام، وهو من باب تقييد الحق بغايته، وسنعرض في هذا الملخص إلى تناول هذا الأساس من خلال المباحث التالية[2]:

١. الشريعة وضعت لمصالح العباد.
٢. مفهوم المصلحة.
٣. مرتب حفظ مقاصد الشريعة.
٤. ميزان الترجيح بين المصالح المتعارضة.
٥. ما يترتب على اعتبار المصالح بالنسبة لتقييد الحق الخاص.
٦. مدى حرية الفرد في التصرف تجاه المصالح الترتيبية.
٧. تقسيمات إضافية لمقاصد الشريعة.

المبحث الأول
الشريعة وضعت لمصالح العباد:

وبيان ذلك أن جميع أحكام الشريعة من عبادات أو معاملات أو اعتقادات شرعت لتحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم. وعلى هذا دل استقراء النصوص وانعقد عليه إجماع الأصوليين والفقهاء، ومن ذلك قولهم: "والشريعة كلها مصالح: إما تدرأ مفاسد أو تجلب مصالح"[3]، "التكاليف راجعة إلى مصالح العباد في دنياهم وأخراهم، والله غني عن

---

1 روجعت هذه الملاحق في اجتماعات هيئة الرقابة والتصنيف التي عدداً من العلماء، وخصت مراجعة الملحق من قبل الشيخ الدكتور أحمد الريسوني، وهو من المتخصصين في علم المقاصد وله كتاب في نظرية الشاطبي في مقاصد الشريعة.

2 تمت الاستفادة في إعداد هذا الملحق من: عبدالباري مشعل، "معيار الربحية التجارية للمشروعات الخاصة في الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق، ص٢٤٩- ٢٧٤.

3 العز بن عبدالسلام، **قواعد الحكام في مصالح الأنام**، دار الجبل، بيروت، ط٢، ١٤٠٠هـ، ج١، ص١١.

عبادة الكل، ولا ينفعه طاعة الطائعين ولا تضره معصية العاصين"[1]. ومن ذلك قول الشاطبي: "إن وضع الشرائع إنما هو لصالح العباد في العاجل والآجل معاً"[2].

والدليل القطعي الذي يعتمد عليه الشاطبي في تقرير هذا الأصل هو الاستقراء، فثمة نصوص لا تحصى من القرآن والسنة جاءت مقرونة بعللها، وفي هذا دليل على أن الأحكام شرعت لهذه المصالح لا لمجرد التعبد بها. فإن الله يقول في بعثه الرسل: "رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل"[3]. "وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين"[4].

وأما التعاليل لتفاصيل الأحكام في الكتاب والسنة فأكثر من أن تحصى[5]، كقوله تعالى بعد أن أجاز التيمم عند عدم وجود الما أو تعذر استعماله في الوضوء: "ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين من حرج، ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم"[6]. فالأحكام الشرعية معللة بمصالح العباد في الدارين. بمعنى أن كل حكم شرعي –خلا ما يتعلق بالعبادات والمقادير الشرعية بما لا يستقل العقل بإدراك علته ولذلك سمي تعبدياً- لم يشرع اتفاقاً أو عبثاً لغير مصالح قصدت به، أو تحكماً لمجرد إخضاع المكلفين لسلطان التكليف، دون مصلحة عائدة عليهم في دنياهم وأخراهم؛ وإنما شرع لحكمة أو مصلحة معينة اقتضت تشريعه، فكان الحق غائياً بالضرورة، أي شرع لغاية أو مصلحة كانت هي الباعث (بمعنى ما ينطوي على حكمة مقصودة للشارع يعود نفعها على المكلفين، وليست بمعنى الدافع أو الحامل على التشريع) على تشريعه"[7].

المبحث الثاني
مفهوم المصلحة

المصلحة بالإضافة إلى شهادة الشرع ثلاثة أقسام: قسم شهد الشرع لاعتبارها، وقسم شهد لبطلانها، وقسم لم يشهد الشرع لا لبطلانها ولا لاعتبارها"[8]. فأما القسم الأول فهو مصلحة معتبرة شرعاً، وأما الثاني فهو مصلحة متوهمة ولا اعتبار لها، وأما الأخير وهو ما سكت عنه الشرع، ولكنه يندرج في مقاصد الشارع العامة ولا يصادم دليلا شرعياً، فهو "المصلحة المرسلة" التي يجوز الأخذ بها وابتناء الأحكام عليها على وجه الاجتهاد والاستنباط[9].

---

1 العز بن عبدالسلام، مرجع سابق، ص٧٣.
2 الشاطبي، ج٢، مرجع سابق، ص٦.
3 النساء، ١٦٥.
4 الأنبياء،١٠٧.
5 الشاطبي، ج٢، مرجع سابق، ص٦- ٧.
6 المائدة،٦.
7 فتحي الدريني، **الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده**، الرسالة، ط٣، ١٤٠٤هـ، ص٢١٩.
8 الغزالي، **المستصفى في علم الأصول**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، بدون تاريخ، ج١، ص٢٨٤.
9 عبدالكريم زيدان، **القيود الواردة على الملكية**، جمعية عمال المطابع، عمان، ط١، ١٤٠١هـ، ص٢٢.

فالمصالح المرسلة إذن: هي كل مصلحة لم يرد في الشرع نص على اعتبارها بعينها أو بنوعها. وتدخل في عموم المصالح التي جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيقها بوجه عام. والمشار إليها آنفاً. والاستصلاح: هو بناء الأحكام الفقهية على مقتضى المصالح المرسلة[1].

وتفسر المصلحة بالمعنى الذاتي المنفعة، وتفسر المفسدة بالمضرة مطلقاً فالعلم والربح واللذة والراحة والمتعة والصحة ونحو كلها مصالح في ذاتها نافعة لأصحابها بأي طريق حصلت والجهل والخسارة والألم.... كلها مفاسد في ذاتها مضرة بأصحابها.

ولكن هذا النظر في تحديد المصلحة والمفسدة قاصر، ولا يصلح لبناء الأحكام الشريعة عليه.

فإن اللذة الوقتية مثلا قد يترتب عليها مضار لصاحبها ولغيره في نفسه أو ماله، كشرب المسكرات. والربح في بعض صوره أو طرقه قد يقوم على ظلم الغير أو على طريق غير شريفة لها ضرر أكبر من الربح.

وبالعكس فإن بعض الآلام أحسن نتيجة من عدمها، كآلام العلاج والمداواة، والجهاد على ما فيه من ضرر بالأنفس والأموال تتوقف عليه حياة الأجيال الحاضرة والمستقبلية في الأمة.

لذلك وجب أن يتخذ للمصالح والمفاسد التي يبني عليها التشريع مقياس آخر يعتبر به الشارع مصلحة الفرد والمجتمع معاً. فلا يعتبر عندئذ مصلحة إلا ما اعتبره الشارع كذلك.

وبالتالي فإن المصالح والمفاسد التي تعتبر مقياساً للأمر والنهي في الشرع الإسلامي هي التي تتفق مع مقاصد الشريعة، وإن أول مقاصدها صيانة الأصول الخمسة الضرورية للحياة البشرية وهي: الدين – النفس – العقل – النسل – المال.

من ثم عرفت المصلحة في اصطلاع علماء الشريعة بأنها: "المنفعة التي قصدها الشارع لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينها[2].

وفي تعريف المصلحة يقول الغزالي[3]: "المصلحة في الأصل جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني بها ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكنا نعني بالمصلحة: المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة". ويقول في موضع آخر: "ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة

---

1 مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، ط٩، مطابع ألف باء، الأديب، دمشق، ١٩٦٧، ص٩٠.

2 محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الرسالة، بيروت، ط٥، ١٤٠٦هـ، ص٢٣.

3 الغزالي، المستصفى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، د.ت، ص٢٨٦- ٢٨٧.

والإجماع، فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع فهي باطلة مطرحة، ومن صار إليها فقد شرَّع... وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي عُلم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع، فليس خارجا ًعن هذه الأصول لكنه لا يسمى قياساً، بل مصلحة مرسلة...".

خصائص المصلحة المعتبرة شرعاً:

من خصائص المصلحة المعتبرة شرعاً ما يأتي:

الخاصية الأولى: الزمن الذي يظهر فيه أثر كل من المصلحة والمفسدة ليس محصوراً في الدنيا، بل يجمع إليها الآخرة.

الخاصية الثانية: قيمة المصلحة الشرعية لا تنحصر فيما تنطوي عليه من لذة مادية بل هي نابعة من حاجتي كل من الجسم والروح في الإنسان.

الخاصية الثالثة: مصلحة الدين أساس للمصالح الأخرى، ومقدمة عليها، فيجب التضحية بما سواها مما قد يعارضها من المصالح الأخرى، اتقاء لها وحفاظاً عليها، ويترتب على هذه الخاصة ما يأتي:

١. ضرورة سير المصالح في ظل جوهر الدين بمعنى أنه لا يجوز بناء حكم على مصلحة إذا كان في ذلك مخالفة لنص من كتاب أو سنة أو قياس صحيح أو إجماع.
٢. أن الصلاح والفساد في الأفعال إنما يعتبر كل منهما أثراً وثمرة لأحكام الشارع على الأشياء من تحريم وندب وإباحة. وإلا بطل أن تكون المصالح فرعاً للدين.
٣. لا يصح للخبرات العادية، أو الموازين العقلية والتجريبية أن تستقل وحدها بفهم مصالح العباد... بل لا بد من عرض هذه الخبرات على نصوص الشرعية وأحكامها الثابتة.

المبحث الثالث

مراتب حفظ مقاصد الشريعة (تقسيم المصلحة باعتبار قوتها):

يقول العز بن عبدالسلام[1]: "فأما مصالح الدنيا فتنقسم إلى الضرورات والحاجات والتتمات والتكملات".

ويقول الغزالي[2]: "المصلحة باعتبار قوتها في ذاتها تنقسم إلى ما هي في رتبة الضرورات، وإلى ما هي في رتبة الحاجات، وإلى ما يتعلق بالتحسينات والتزيينات، وتتقاعد

---

1 مرجع سابق، ص٧١.
2 مرجع سابق، ص ٢٨٦.

أيضاً عن رتبة الحاجات. ويتعلق بأذيال كل قسم من الأقسام ما يجري منها مجرى التكملة والتتمة لها". وفيما يلي يتم مناقشة كل مرتبة من هذه المراتب:

المرتبة الأولى: الضروريات:

وهي الأعمال والتصرفات التي تتوقف عليها صيانة الأصول الخمسة المذكورة. والنظر الشرعي أن هذه الأمور الخمسة لا بد منها للحياة الصالحة، فإذا فقد بعضها انهارت الحياة الإنسانية أو اختلت[1].

وتحريم تفويت هذه الأصول الخمسة أو حفظها يكون بأمرين:

أحدهما: ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها، وذلك عبارة عن مراعاته من جانب الوجود، والثاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع، أو المتوقع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم[2].

فقد شرع لحفظ الدين – من حيث تقويم أركانه – الإيمان والنطق بالشهادتين وتوابعهما من بقية أركان الإسلام. وشرع لحفظه – من حيث درء الفساد الواقع أو المتوقع- الجهاد، وعقوبة الداعي إلى البدع.

وشرع لحفظ النفس – من حيث الوجود – إباحة أصل الطعام والشراب ولامسكن مما يتوقف عليه بقاء الحياة، وشرع لحفظها – من حيث المنع- عقوبة الدية والقصاص.

وشرع لحفظ العقل – من حيث الوجود- ما شرعه لحفظ النفس من تناول الغذاء الذي يتوقف عليه بقاء الحياة والعقل، كما شرع لحفظه –من حيث المنع- حرمة المسكرات والعقوبة عليها.

وشرع لحفظ النسل – من حيث الوجود- النكاح وأحكام الحضانة والنفقات، كما شرع لحفظه – من حيث المنع- حرمة الزنا ووضع الحدود عليها.

وشرع لحفظ المال – من حيث الوجود- أصل المعاملات المختلفة بين الناس، كما شرع لحفظه – من حيث المنع- تحريم السرقة والعقوبة عليها[3].

ويرى الطاهر بن عاشور[4] أن حفظ هذه الكليات الخمس يعني حفظها بالنسبة لآحاد الأمة وبالنسبة لعموم الأمة بالأولى:

---

1 وعرفها الشاطبي (ج٢، مرجع سابق، ص٨) بأنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع الخسران المبين. وعرفها ابن عاشور (مرجع سابق، ص٧٩) بتلك التي تكون الأمة بمجموعها وآحادها في ضرورة إلى تحصيلها بحيث لا يستقيم النظام بإخلالها.

2 الشاطبي، ج٢، مرجع سابق، ص٨.

3 محمد سعيد البوطي، مرجع سابق، ص١١٩.

4 مقاصد الشريعة، الشركة التونسية، تونس، ط١، ١٩٧٨م، ص٨٠- ٨١.

فحفظ الدين معناه حفظ دين كل أحد من المسلمين أن يدخل عليه ما يفسد اعتقاده وعمله اللاحق بالدين. وحفظ الدين بالنسبة لعموم الأمة بدفع كل ما من شأنه أن ينقض أصول الدين القطعية، وبإبقاء وسائل تلقي الدين من الأمة حاضرها ومستقبلها.

ومعنى حفظ النفوس حفظ الأوراح من التلف أفرادا وعموماً، بل عن التلف قبل وقوعه مثل مقاومة الأمراض السارية، وأما القصاص فهو أضعف أنواع حفظ النفوس لأنه تدارك بعض الفوات.

ومعنى حفظ العقل حفظ عقول الناس من أن يدخل عليها خلل، لأن دخول الخلل على العقل مؤد إلى فساد عظيم من عدم انضباط التصرف، فدخوله على عقل الفرد مفضٍ إلى فساد جزئي، ودخوله على عقول الجماعات وعموم الأمة أعظم، ولذلك يجب منع الشخص من السكر، ومنع الأمة من تفشي السكر بين أفرادها.

أما حفظ المال فهو حفظ أموال الأمة من الإتلاف ومن الخروج إلى أيدي غير الأمة بدون عوض، وحفظ أجزاء المال المعتبرة عن التلف بدون عوض.

وأما حفظ النسل فهو من الضروري إن قصد به حفظه من التعطيل، وهو كذلك إن أريد به حفظ النسب.

وهذا الصنف الضروري قليل التعرض إليه في الشريعة، لأن البشر قد أخذوا حيطته لنفسهم منذ القدم فاصبح مركوزاً في الطبائع. ولم تخل جماعة من البشر ذات تمدن من أخذ الحيطة لهن وإنما تتفاضل الشرائع بكيفية وسائله"[1].

ومثل بعض الباحثين[2] للضروريات بما يأتي: توفير أمن المواطن – توفير وسائل حفظ الصحة - الغذاء والكساء – نشر المعرفة والتربية في أمور الدين والدنيا – المأوى.

المرتبة الثانية: الحاجيات:

وهي الأعمال والتصرفات التي لا تتوقف عليها صيانة الأصول الخمسة ولكن تتطلبها الحاجة لأجل التوسعة ورفع الحرج[3] عن الناس كي لا يقعوا في حرج قد يفوت عليهم المطلوب.

مثالها فيما يتعلق بحفظ الدين: شرع الرخص المخففة كالفطر في السفر والرخص المتعلقة بالمرض[4].

1 الطاهر بن عاشور، مرجع سابق، ص٨٢.

2 محمد أنس الزرقا، القيم والمعايير الإسلامية في تقويم المشروعات"، مجلة المسلم المعاصر، ٣١، رجب رمضان ١٤٠٢هـ، ص٨٨.

3 مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص٩٤.

4 وعرفها الشاطبي (ج٢، مرجع سابق، ص ١٠- ١١) بأنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي إلى الحرج، والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل على المكلفين الحرج والمشقة ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي املتوقع في المصالح العامة.

ومثالها فيما يتعلق بحفظ النفس: إباحة الصيد والتمتع بالطيبات وهو ما زاد عن أصل الغذاء.

ومثالها فيما يتعلق بحفظ المال: التوسع في تشريع المعاملات كالمضاربة والسلم والمساقاة.

ومثالها فيما يتعلق بحفظ النسب: تشريع المهور والطلاق[1].

ويلاحظ أن معظم قسم المباح في المعاملات راجع إلى الحاجي.

المرتبة الثالثة: التحسينيات:

وهي التي لا تتحرج الحياة بدونها، ولكن مراعاتها من مكارم الأخلاق، أو من محاسن العادات فهي من قبيل استكمال ما يليق، والتنزه عما لا يليق[2]. فليس فقدانها مخل بأمر حاجي أو ضروري، وإنما جرت مجرى التحسين والتزيين[3].

مثالها فيما يتعلق بالدين: أحكام النجاسات والطهارات وستر العورة. وفيما يتعلق بحفظ النفس: آداب الأكل والشراب والابتعاد عن الإسراف والتقتير.. وفيما يتعلق بحفظ المال: المنع من بيع النجاسات، وفضل الماء والكلأ ... وفيما يتعلق بحفظ النسب: أحكام الكفاءة في اختيار الزوجين وآداب المعاشرة بينهما.

ويلاحظ مما تقدم أن التحسينيات منها ما هو من المندوبات أي المطلوبة طلباً خفيفاً على سبيل الأولوية والأفضلية كآداب الطعام ... ومنها ما هو من الفرائض المطلوبة شرعاً على سبيل الإيجاب كستر العورة، لأن معنى كون الشيء من التحسسينيات هو أن الناس يمكنهم الاستغناء عنه في حياتهم المادية دون حرج.

مكملات كل مرتبة من المراتب الثلاث:

وينضم إلى كل مرتبة من هذه المراتب الثلاث ما هو مكمل لها، فهو مندرج معها في الرتبة:

ومثاله في الضروريات: حد قليل السكر بالنسبة لحفظ العقل، والتماثل في القصاص بالنسبة لحفظ النفس، ومنع الربا لحفظ المال.

ومثاله في الحاجيات: خيار البيع لحفظ المال، واعتبار الكفء في النكاح لحفظ النسب.

ومثاله في التحسينيات: آداب الطهارة، ومندوباتها، والإنفاق من طيبات المكاسب.

---

1 الشاطبي، ج٢، مرجع سابق، ص١١، ابن عاشور، مرجع سابق، ص٨٢، محمد سعيد البوطي، مرجع سابق، ص١٢٠.

2 مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص٩٤.

3 الشاطبي، ج٢، مرجع سابق، ص١١- ١٢.

ومن أمثلة ذلك: أن الحاجيات كالتتمة للضروريات، والتحسينيات كالتتمة للحاجيات، فإن الضروريات هي أصل المصالح[1].

الاستصلاح:

والغرض من بيان مراتب المصالح هو التعرف على كثير من صور المصالح المختلفة الأنواع المعتبرة شرعاً، حتى يمكن الحصول على صورة كلية من أنواع هذه المصالح يمكن إدخال الحوادث التي لم يفصَّل حلُّها في زمن الشارع وليس لها نظائر يمكن أن تقاس عليه، تحت تلك الصور الكلية فتثبت لها من الأحكام أمثال ما ثبت لكلياتها[2]، وهذا ما يسمى بالاستصلاح، وهو بناء الأحكام على المصالح المرسلة، وقد اشترطوا في المصالح المرسلة حتى يصح بناء الحكام عليها ما يأتي:

١. أن تكون مصلحة قطعية لا تعارض مصلحة أهم منها، أو مثلها.

٢. أن تكون مصلحة عامة لا نادرة تتعلق بآحاد الناس.

٣. أن تكون مصلحة ضرورية بها رفع حرج لازم.

٤. أن تكون مصلحة ملائمة لمقاصد الشرع، فلا تصادم دليلا من أدلته، ولا نصاً من نصوصه.

المبحث الرابع
ميزان الترجيح بين المصالح المتعارضة

من مقتضيات أن الشريعة وضعت لمصالح العباد أنها تقضي بتقديم الأهم منها على من هو دونه، وبالتزام المفسدة الدنيا لاتقاء الكبرى حينما تتعلق المصالح والمفاسد بأمر واحد، أو يستلزم أحدهما الآخر بسبب ما، فهذا هو الميزان الذي حكمته الشريعة في مراعاة المصالح ونتائجها وفهم درجاتها، وهو ذو ثلاثة جوانب:

الأول: النظر إلى قيمة المصلحة من حيث ذاتها وترتيبها في الأهمية حسب ذلك.
الثاني: النظر إليها من حيث مقدار شمولها.
الثالث: النظر إليها من حيث التأكد من نتائجها أو عدمه[3].

مقتضيات المعيار الأول:

فإذا تعارضت مصلحتان في مناط واحد بحيث كان لا بد لنيل إحداهما تفويت الأخرى وجب عرضهما على هذه الجوانب ابتداءً من الأول فالذي يليه.

---

1 الشاطبي، ج٢، مرجع سابق، ص١٢- ١٣.
2 ابن عاشور، مرجع سابق، ص٨٢.
3 محمد سعيد البوطبي، مرجع سابق، ص٢٤٩.

وبيان الأول: أن كليات المصالح المعتبرة شرعاً متدرجة حسب الهمية في خمس مراتب وهي: حفظ الدين، النفس، العقل، النسل، المال، فما به حفظ الدين مقدم على ما يكون به حفظ النفس عند تعارضهما، ومن أجل ذلك شرع الجهاد.

وما به حفظ النفس مقدم على ما به حفظ العقل، ومن ذلك كان من حق الإنسان أن يفتدي حياته بالخمر إذا أكره عليها بواسطة القتل.

وما به حفظ العقل مقدم على ما به حفظ النسل.

وما به حفظ النسل مقدم عند التعارض مع ما يكون به حفظ المال.

ثم إن رعاية كل من هذه الكليات الخمسة يكون بوسائل متدرجة حسب الأهمية في ثلاث مراتب، وهي الضروريات فالحاجيات فالتحسينيات وينضم إلى كل مرتبة ما هو مكمل لها بحيث لو فقد لم يخل بحكمتها الأصلية.

فإذا تقرر هذا فإن الضروري مقدم على الحاجي عند تعارضهما، والحاجي مقدم على التحسيني عند التعارض؛ بمعنى أنه يهمل الحاجي الذي لا ضرورة إليه في سبيل الإبقاء على ما يحتاج إليه من أصل المصلحة، ويهمل التحسيني الذي لا حاجة إليه في سبيل الإبقاء على ما يحتاج إليه من أصل المصلحة، وكل من هذه الثلاثة مقدم على ما هو مكمل له عند تعارضه معه.

والسبب في ذلك: أن الضروري هو الأصل المقصود، وما سواه مبني عليه كوصف من أوصافه وفرع من فروعه، ولا ريب أن إهال الفرع أو الوصف عند الضرورة لا يوجب إلغاء الأصل أو الموصوف. أما الأصل أو الموصوف فلا ريب أن اختلاله اختلال لكل ما يترتب عليه ويتفرع عنه لأن الأصل إذا اختل اختل الفرع من باب أولى.

مثال ذلك: لو تعارضت ضرورة حفظ النفس مع بعض الحاجيات كمشروعية الكل من الحل، بالنسبة لمن أشرف على الهلاك، وليس في متناوله إلا الحرام، فلو ألغي الحاجي لم يخل ذلك بالضروري وهو حفظ النفس. أما إذا التزم الحاجي فإنه يعود بالإخلال على الضروري لاستلزامه الهلاك، وإذا انتفى الضروري انتفى الحاجي الذي هو وصف من أوصافه من حيث أريد بقاؤه.

ومثاله أيضاً: ما لو تعارض أداء صلاة الجماعة وهو حاجي مع الاقتداء بالإمام الصالح وهو تحسيني، فلو أهملت المصلحة التحسينية لأحرزت المصلحة الحاجية وهي إقامة شعار الجماعة. أما لو التزمت المصلحة التحسينية – وهي غير متوفرة هنا إلا بترك الجماعة فإن ذلك يفوت المصلحة الحاجية، وهي أصل للتحسيني، فينتفي معه التحسيني أيضاً، من حيث أريد إحرازه والحفاظ عليه[1].

---

[1] الشاطبي،ج٢، مرجع سابق، ص١٣- ١٥. محمد سعيد البوطي، مرجع سابق، ص٢٥١.

وهكذا في كل مثال تتعارض فيه مصلحتان من هذه المصالح الثلاثة المتدرجة في مدى أهميتها لحفظ الكليات الخمسة.

أما إذا كانت المصلحتان المتعارضتان في رتبة واحدة، كما لو كان كلاهما من الضروريات أو الحاجيات أو التحسينيات، فينظر؛ فإن كان كل منهما متعلق بكلي على حدة، جعل التفاوت بينهما حسب تفاوت متعلقاتهما، فيقدم الضروري المتعلق بحفظ الدين على الضروري المتعلق بحفظ النفس وهكذا[1].

مقتضيات المعيار الثاني:

أما ذا كانت المصلحتان المتعارضتان متعلقتين بكلي واحد كالدين أو النفس فإنه ينتقل حينئذ إلى الجانب الثاني من ميزان الترجيح وهو النظر إلى المصلحة من حيث مقدار شمولها، وبيان ذلك أن المصالح وإن اتفقت فيما هي مصلحة له، وفي مدى الحاجة إليها، ولكنها كثيراً ما تختلف في مقدار شمولها للناس ومدى انتشار ثمراتها، فيقدم حينئذ أعم المصلحتين شمولاً على أضيقهما في ذلك، إذ لا يعقل إهدار ما تحقق به فائدة عموم الناس من أجل ما تتحقق به فائدة شخص واحد أو فئة قليلة من الناس، على أن الفرد لا يتضرر بترجيح مصلحة الجماعة عليه، لدخوله غالباً فيهم.

ومن ذلك ما تقرر في الشريعة من ترجيح الانتفاع العام بالماء والكلاء الواقعين في أرض غير مملوكة على حيازة الفرد لهما، فكلا المصلحتين في درجة واحدة من القوة وهي درجة الحاجيات، بيد أن مصلحة تسبيله لعامة الناس أوسع شمولاً من مصلحة امتلاك فرد واحد له، مع أنه لا مرجح للثاني من ملكية خاصة أو توفر أحد مقوماتها وأسبابها (مثل العمل)، ومن هنا رجحت مصلحة عامة أهل السوق على مصلحة الواحد منهم في تلقيه للركبان والشراء منهم خارج البلدة، لأن الأولى أوسع شمولاً من الثانية وإن كان كلاهما في رتبة الحاجيات[2].

وهذا الجانب يوحي بتقسيم للمصالح باعتبار تعلقها بعموم الأمة أو جماعتها أو أفرادها، فتتقسم بهذا الاعتبار إلى كلية أو جزئية، ويراد بالكلية ما كان عائداً إلى عموم الأمة عوداً متماثلاً وما كان عائداً إلى جماعة عظيمة من الأمة، ويراد بالجزئية الخاصة بفرد أو أفراد قلائل وهي أنواع ومراتب تكفلت الشريعة بحفظها في أحكام المعاملات[3].

مقتضيات المعيار الثالث:

فإذا تقرر هذا فإنه لا بد من النظر إلى الجانب الثالث، وهو مدى توقع حصول المصلحة في الخارج، ذلك أن الفعل إنا يتصف بكونه مصلحة أو مفسدة حسب ما ينتج عنه

1 محمد سعيد البوطي، مرجع سابق، ص٢٥٢.
2 محمد سعيد البوطي، ص٢٥٢- ٢٥٣.
3 الطاهر بن عاشور، مرجع سابق، ص٨٦.

في الخارج. فربما كانت نتيجة الفعل مؤكدة الوقوع (كحفر بئر خلف باب دار في الظلام) فمفسدة هذا الفعل مؤكدة في العادة، وكالتجارة في مال اليتيم نسيئة.

وربما كانت المفسدة مظنونة الوقوع (أي راجحة الوقوع) مثل بيع العنب للخمار ... وربما كانت النتيجة موهومة أو مشكوكة (أي مرجوحة) مثل بيع العنب لمن جهلت صنعته ... فلا تعتبر المصلحة الموهومة مهما كانت قيمتها، أو درجة شمولها وينظر في قيمتها ودرجة شمولها إذا كانت قطعية الحصول أو ظنية[1].

المبحث الخامس

ما يترتب على اعتبار المصالح بالنسبة لتقييد الحق الفردي

لما كان الحق وسيلة لتحقيق المصالح التي تتم صيانة مقاصد الشرعية في الخلق فإنه يترتب على ذلك ضابطان فيما يتعلق باستعمال الفرد لحقه وهما:

الأول: لما كان قصد الشارع بتشريعه الحقوق تحقيق مقاصد الشريعة، وجب أن يكون قصد المكلف في استعمال حقه موافقاً لقصد الله في التشريع، وإلا كان مناقضاً لقصد الشارع[2].

ومن هنا نشأت نظرية الباعث أو الدافع الذي يحرك الإرادة إلى التصرف لتحقيق أغراض غير مشروعة تحت ستار الحق. ومن هنا أبطلت الحيل على أساس أن الشريعة مبنية في أحكامها على مقاصد وغايات لا يجوز هدمها عن طريق التحيل على قواعد الشرع، بتقديم أمر ظاهر الجواز لتحليل محرم أو إسقاط واجب[3]؛ لأنه مناقض لاعتبار المصالح في الأحكام، أي مناقض لمقصد الشارع.

كما أن في اتخاذ الحق وسيلة للإضرار بالغير مما يناقض قصد الشارع، لأن الحقوق شرعت لدرء المفاسد وجلب المصالح، لا لتكون أداة للإضرار بالغير.

الثاني: النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، وعلى ضوئه يتكيف الفعل[4]، درءاً للتعسف في استعمال الحق، فإن كان الحكم يتجه نحو المصالح التي هي المقاصد والغايات شرع الحكم بمقدار ما يناسب طلب هذه المقاصد المقررة، أي على ضوء تلك النتيجة أو المآل يطلبه الشارع أو يمنعه. ومن هنا كان تخصيص النص بالمصلحة وتقييد مطلقه واستثناء حكم الواقعة من أصل عام بالنظر إلى المآل، وتفرع على هذا الأصل مبدأ سد الذرائع (وحقيقة الذرائع التوسل بما هو مصلحة على مفسدة[5]) والاستحسان[6] ومبدأ

---

1 محمد سعيد البوطي، مرجع سابق، ص ٢٥٤.
2 الشاطبي، ج٢، مرجع سابق، ص٣٢٣، ٣٣١، ٣٣٣.
3 الشاطبي، ج٢، مرجع ص٢٠١ وما بعدها.
4 الشاطبي، ج٢، مرجع سابق، ص ١٩٤.
5 الشاطبي (٢)، ج١، مرجع سابق، ص١٩٩.
6 ينظر الشاطبي، ج٤، مرجع سابق، ص٢٠٥.

المصلحة المرسلة، ومبدأ تغير الأحكام بتغير الأزمان، وهذا مما يقيد الحق بغايته، ويدرأ التعسف في استعمال الحق وفي التشريع الاجتهادي[1].

نتيجة تقييد حق الاستثمار الخاص بمقاصد الشريعة:

ويستفاد مما سبق أن من حق المستثمر الخاص أن يستثمر في كل ما لا يخل بإحدى المقاصد الخمسة (وهي حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال)، وهي مقاصد الشريعة التي ينبغي أن تدور في فلكها مصالح العباد، وهذا من جهة، ومن جهة أخرى من حقه أن يستثمر في مراتب الضروريات أو الحاجيات أو التحسينيات، وفي كل هذا يكون محققاً لمقصود الشارع (وفق الضابطين المذكورين آنفاً في هذا المبحث، مع ملاحظة قواعد الترجيح في حالات التعارض بين مصلحتين تواردتا على متعلق واحد، بحيث يؤدي جلب إحداهما فوات الأخرى كما سبق بيانه في المبحث السابق.

ولا تقتضي المناقشات السابقة أن يلتزم المستثمر الخاص فيما يحقق المصالح على حسب قوتها، فلا ينتقل إلى الحاجيات إلا بعد اكتمال مرتبة الضروريات، وهكذا بالنسبة للحاجيات والتحسينيات؛ لكن مراعاة هذه المراتب أكثر كمالاً وأفضلية من عدم مراعاتها في نظري، وفي المبحث التالي تفصيل ذلك.

المبحث السادس

مدى حرية الفرد في التصرف تجاه المصالح الترتيبية

تمت الإشارة فيما سبق - عن مناقشة تقسيم المصالح باعتبار قوتها في المطلب الثالث - أن التعرضَ لصنف الضروري قليل في الشريعة، لأن البشر قد أخذوا حيطتهم لأنفسهم منذ القدم فأصبح مركوزاً في الطبائع، ومرَّ أيضاً أن معظم صنف الحاجيات من المباحات، وهذا يدعم النتيجة السابقة، إذ لا صلة بين الحكم الشرعي من حيث قوته بأن يكون واجباً أو مندوباً أو مباحاً، وبين المصلحة من حيث قوتها أيضاً، إذ كان من الحاجي ما هو مباح كالمعاملات المختلفة، وكان من التحسيني ما هو واجب كستر العورة كما سبق في موضعه.

غير أن الغرض من معرفة تلك المراتب هو الحصول على صور كلية لتلك المصالح يمكن إدخال المصالح المرسلة تحتها، كما أشرنا من قبل، ولذلك سيتناول المبحث التالي التقسيمات الأخرى للمقاصد، والتي نستوضح منها نوعية الغرض، وفقاً لما تناوله الشاطبي في الموافقات.

[1] فتحي الدريني، الحق، مرجع سابق، ص٢٢٣.

المبحث السابع
والتقسيمات الأخرى للمقاصد

التقسيم الأول
مقاصد أصلية ومقاصد تابعة

أما المقاصد الأصلية:

فهي التي لا حظ فيها للمكلف، وهي حفظ الضروريات المعتبرة في كل ملة. بمعنى أنها لا حظاً فيها للمكلف من حيث هي ضرورية، لأنها قيام بمصالح عامة مطلقة لا تختص بحال دون حال، ولا بصورة دون صورة، ولا بوقت دون وقت، ولكنها تنقسم إلى **ضرورية عينية، وإلى ضرورية كفائية**[1].

فأما كونها عينية:

أي مطلوب حفظها من كل مكلف في نفسه، فهو مأمور بحفظ دينه اعتقاداً وعملاً، وبحفظ نفسه قياماً بضرورة حياته، وبحفظ عقله لأنه مورد الخطاب من ربه إليه، وبحفظ نسله ليخلفه في عمارة هذه الدار، وبحفظ ماله ليستعين به على إقامة الأوجه الأربعة السابقة[2]. فلو فرض اختيار العبد خلاف هذه الأمور حجر عليه، وحيل بينه وبين اختياره.

وأما كونها كفائية:

أي متعلقة بالغير ليقوم بها على العموم لجميع الناس، لتستقيم الأحوال العامة التي لا تقوم الخاصة إلا بها، وهذا القسم مكمل للأول ولاحق به في كونه ضرورياً، إذ لا يقوم العيني إلا بالكفائي، وذلك أن الكفائي قيام بمصالح عامة لجميع الخلق، وهو مأمور به من غير تخصيص، بل أمر بإقامة الوجود.

وقد جعل الله الخلق خلائف في إقامة الضروريات العامة. ومن أمثلة الضروريات العامة: القضاء والفتوى وإقامة الدولة، وكافة الولايات وكل ما به قيام بمصلحة العموم.

والدليل على أنه لا حظ فيه للمكلف (ويقصد بالحظ: مقصود الشارع من وضعه السبب) أن القائمين به ممنوعون من أخذ الأجرة على عملهم من خصوص من قضى بينهم مثلاً أو أفتى لهم[3]. ومن ثم كان هذا القسم مطلوباً أيضا على هذا النحو (أي فرض كفاية) حتى يتوفر الحافز الشرعي لإقامته، حيث لا حظ - من وجهة نظر الشارع-

---

[1] الشاطبي، ج٢، مرجع سابق، ص١٧٦- ١٧٩.

[2] يتطلب المقام معرفة القدر الذي لا حظ فيه للنفس من هذه الأمور الخمسة: فحفظ النفس بعدم تعريضها للهلاك بالانتجا مثلاً، والدين بتلعلم ما يدفع عن انلفس الشبه التي ترد عليها مثلاً، والعقل بالامتناع عما يكون سبباً في ذهابه، والنسل بعد وضع الشهوة إلا في الحلال، والمال بعدم إتلافه بحرق ونحوه بما يوجب عدم الانتفاع به. الشاطبي، ص١٧٦. فهذه الأمور تجب على شخص أن يقوم بها.

[3] وإنما يأخذ من بيت المال الذي يأتي دخله من جميع الناس: المقضي بينهم أو المفتى لهم وغيرهم.

فيه للمكلف، بمعنى أنها شرعت للقيام بما به مصلحة العامة، وليس لتتخذ وسيلة إلى العز والسلطان.

وأما المقاصد التابعة:

فهي التي روعي فيها حظ المكلف، وبها يحصل له مقتضى ما جبل عليه من الاستمتاع بالمباحات، وذلك بحكمة من الشارع اقتضت أن قيام الدين والدنيا إنا يتم بدواع من قبل الإنسان تَحْمِلُه على اكتساب ما يحتاج إليه هو وغيره، فخلق الله شهوة الطعام والنساء، والاستضرار بالحر والبرد، لتكون باعثاً له للسعي إلى إشباعها أو سدها[1]، وفي نفس الوقت لم يجعل له قدرة على القيام بذلك وحده لضعفه عن تحصيل ذلك كله بمفرده، فطلب التعاون بغيره، فصار يسعى في نفع نفسه واستقامة حاله بنفع غيره فحصل الانتفاع للمجموع بالمجموع، وإن كان كل أحد إنما يسعى في نفع نفسه[2].

ومن هذه الجهة (أي انتفاع المجموع بالمجموع) صارت المقاصد التابعة خادمة للأصلية ومكملة لها. وهذا القسم مما اقتضاه لطف الله بالناس، إذ جعله وسيلة إلى ما أراده من عمارة الدنيا للآخرة، وجعل الاكتساب لهذه الحظوظ من المباحات. أما القسم الأول وهو المقاصد الأصلية فهو مما اقتضاه محض العبودية[3].

وبيان أن التابعة خادمة للأصلية ومكملة لها أن السعي لتحقيق التابعة محقق بالتبع المقصد الأصلي من السبب، فبسعيه لتحقيق ما فيه حظ من المباحات يتحقق ما لا حظ فيه كإقامة الحياة بسائر أسبابها من أكل وشرب ولباس ومسكن... كما أن المقصد التابع في فروض الكفايات (وهو ما يحصل للقائم تبعاً من الاحترام والسلطان) محقق بالتبع المقصد الأصلي من الولايات العامة[4].

التقسيم الثاني

ما فيه للمكلف حظ عاجل مقصود وما ليس فيه للمكلف حظ عاجل مقصود

وهو مبني على الأول، وهو أن المقاصد بأنواعها تنقسم إلى قسمين[5]:

الأول: ما كان فيه للمكلف حظ عاجل مقصود:

مثل قيام الإنسان بمصالح نفسه وعياله من حيث السعي لتحصيل الطعام والزواج والمأوى واللباس...وما يلحق به من متممات كالبيوع والإجارات... وغيره من أوجه الاكتساب.

---

1 وذلك بواسطة طرق الكسب المختلفة من تجارة وصناعة وزراعة.

2 الشاطبي، ج٢، مرجع سابق، ١٧٩.

3 ويفرق بين القسمين أيضاً أن الأصلية واجبة، والتابعة مباحة.

4 سيأتي تفصيله في التقسيمين الثاني والثالث، وإنما ذكر هنا لبيان أن المقاصد الأصلية عينية وكفائية قائمة بالتبع، لإقامة المقاصد التابعة التي يسعى الفرد بدافع جبلي لإقامتها.

5 الشاطبي، ج٢، مرجع سابق، ص١٨٠- ١٨٥، الطاهر بن عاشور، مرجع سابق، ص٧٣- ٧٤.

الثاني: ما ليس فيه للمكلف حظ عاجل مقصود:

مثاله في فرض العين: العبادات البدنية والمالية من الطهارة والصلاة... ومثاله في فروض الكفايات الولايات العامة من الخلافة والوزارة والقضاء، وإمامة الصلوات والجهاد والتعليم ومنه توسيع الطرقات وتسويتها، وإقامة الحرس بالليل، وإنقاذ الغرقى، وإطفاء النيران ومواساة ذي الحاجة، وإجراء الرواتب لمن يقوم بأمور الأمة.

ولكل من قسمي المصلحة خصائص من عناية الشارع، فالقسم الأول ليس من شأن الشارع أن يتعرض له بالطلب، لأن داعي الجبلة يكفي الشريعة مؤونة توجيه اهتمامها لتحصيله، ومن ثم جعل الاحتراف والتكسب والنكاح مطلوباً طلب الندب لا طلب الوجوب، بل كثيراً ما يأتي في مَعْرِضِ الإباحة كقوله تعالى: "وأحل الله البيع"[1].

نتيجة:

ويلاحظ أن هذا القسم (الأول) نوعان: نوع يكون القيام بالمصالح فيه بغير واسطة كقيام الإنسان بمصالح نفسه مباشرة، ونوع يكون القيام بالمصالح فيه بواسطة الحظ في الغير كالاكتساب بما للغير فيه مصلحة، كالإجارات والتجارة وسائر الصناعات، فتقوم بها مصلحة الغير من حيث يطلب الإنسان مصلحته فتحصل المصلحة للجميع.

وأما القسم الثاني فيتعرض له التشريع بالتأكيد ويرتب العقوبة على تركه والاعتداء عليه.

ويلاحظ هنا أيضاً ما أثبت سابقاً من أن ما ليس فيه الحظ في المقصد الأصلي للشارع يحصل فيه للمكلف الحظ بالمقصد التبعي للشارع، وبيانه في فروض الأعيان هو ما وراء القيام بها من احترام لأهل التقوى والفضل والعدالة، وجعلهم عمدة في الشريعة، في الولايات والشهادات وإقامة المعالم الدينية...، بالإضافة إلى ما جعل لهم من حب الله وأهل السموات لهم، ووضع القبول لهم في الأرض حتى يحبهم الناس ويكرموهم ويقدموهم على أنفسهم[2].

وبيانه في فروض الكفايات هو أن من قام بوظيفة عامة لا يتفرغ للقيام بمصالحه ونيل حظوظه، بل يجب على العامة أن يقوموا له بذلك - حتى يتفرغ للنظر في مصالحهم - من خلال بيت المال الذي ترصد فيه الأموال للمصالح العامة. هذا ما يتعلق بفروض الأعيان وفروض الكفايات المتصلة بالدين.

أما ما يتعلق بحفظ الحياة وهو ما لا حظ فيه من حيث هو ضروري - كما سبق- فهو حاصل أيضاً بالتبع بالنسبة لتحصيل ما فيه حظ. وبيانه في فروض الأعيان أن القيام بضرورة الحياة للإنسان نفسه متضمن ضمن قصده إلى المباحات من المآكل الحسنة والمراكب الفارهة...، وبيانه في فروض الكفايات (القيام بحفظ حياة الغير) قياما بمصالح

---

1 البقرة، ٧٥.

2 ومن هذا الباب ما جاء في الحديث القدسي: "من عادى لي ولياً فقد آذنته بالحرب" رواه البخاري.

الغير من حيث يقوم بحظ نفسه وتحصيل مصالحه، لا من حيث كونه مقصوداً في نفسه، وبنفس الطريق أيضاً يستطيع القيام بما يجب عليه من نفقة شرعاً تجاه زوجته وأولاده، وعلى هذا الاعتبار يقوم التقسيم التالي.

التقسيم الثالث

تقسيم المصالح الكفائية

المصالح الكفائية بالنسبة إلى حظ المكلف ومصلحته الخاصة ثلاثة أقسام[١]:

الأول: لم يعتبرفيه حظ المكلف بالقصد الأصلي مثل: الولايات العامة والمناصب العامة للمصالح العامة.

الثاني: اعتبر فيه الحظ، وهو كل عمل كان فيه منفعة للغير في طريق قيام الإنسان بمصلحته في نفسه كالصناعات والحرف.

الثالث: يتوسط بينهما. مثل ولاية أموال الأيتام والأوقاف... وتعليم العلوم بأنواعها فَيُؤمَر على وجه الندب من يقوم بها من غير حظ وغن لم يكن ثم قائم بالانتداب بُذل الحظ لمن يقوم بها، والأصل في ذلك قوله تعالى في والي مال اليتم: "ومن كان غنياً فليستعفف، ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف"[٢].

نتيجة:

ومن خلال التقسيمات المختلفة لمقاصد الشريعة يلاحظ أن المطلوب إقامته نوعان:

الأول: فرض عين على كل إنسان في نفسه، وهذا ما يبنى عليه أحكام بالنسبة للاستثمار وليس محل نزاع.

الثاني: فرض كفاية، وهو الذي يتصور بناء أحكام عليه بالنسبة للاستثمار الخاص، غير أننا وجدنا أنه عندما لا يكون مشروعاً لِيُحَصِّل به الإنسان مصلحته الخاصة (في الأصل) فإن الشارع كفل مصلحة من يقوم به، وهذا ما يكفي حافزاً لإقامته وهو القسم الأول من التقسيم الثالث. وأما ما كان مشروعاً ليحصل به الإنسان مصلحته الخاصة كان الدافع الجبلي في الإنسان كفيل بإقامته، وما المطلوب في فرض الكفاية إلا إقامة وجوده لا طلبه على التخصيص. وهذا هو القسم الثاني من التقسيم الثالث. هذا مع ملاحظة أنه لو فرض ترك الجميع له لأثموا، "لأن العالم لا يقوم إلا بالتدبيروالاكتساب. وهذا من الشارع كالحوالة على مافيه الجبلة من الداعي الباعث على الاكتساب"[٣].

1 الشاطبي، ج٢، مرجع سابق، ص١٨٥- ١٨٦.

2 النساء،٦.

3 الشاطبي، ج٢، مرجع سابق، ص١٨١.

وحالة ترك الجميع له حالة نادر احتمال وقوعها، ولو تصورت يتدخل ولي الأمر تحقيقاً لمصلحة العامة. ولو اختل الدافع الجبلي عند شخص (أو أكثر) فعزف عن تحصيل مصلحته بالاكتساب ونحوه، وعن الحفاظ على حقوقه عند التعامل مع غيره اعتبر سفيهاً يمنع من التصرف[1].

ويلاحظ هنا أن المدخل السليم للقول بوجوب مراعاة المصالح العامة من قبل المستثمر هو فروض الكفايات. أما مراعاة المصالح وفق قوتها في ذاتها ابتداء (أي في غير أحوال التعارض بين المصالح) كمدخل لإلزام المستثمر المسلم الخاص بمراعاة المصالح العامة فهو غير مدعوم بالفهم السليم للمصالح وتقسيماتها المختلفة، وهو مفيد جداً في الاستثمارات العامة التي تقوم بها الدولة بحيث تبنى على مراعاة المصالح وفق الترتيب التالي: الدين، النفس، العقل، النسل، المال، ثم مراعاة ما يوفر مرتبة الضروريات في هذه المصالح ثم مرتبة الحاجيات ثم مرتبة التحسينيات، فهي مؤشر عملي تسترشد به الدولة في الاستثمارات العامة وفي سياسة الدعم الخاص. وهو أسلوب فعال في السياسة الاقتصادية للدولة الرامية إلى إشباع الحاجات الإنسانية الأساسية. وهو من جهة أخرى أساس لتعديل نظرية سلوك المستهلك من وجهة نظر الاقتصاد الإسلامي بحيث تتطابق دالة المنفعة للمستهلك مع المصلحة الحقيقية له.

والمستهلك الرشيد من وجهة نظر الاقتصاد هو الذي يعني بإشباع حاجاته وفق أهميتها ولو تصور من يهتم بالكماليات في حال أنه مفتقر إلى توفير الضروريات لنفسه يلام على تصرفه، ومن هذا الباب ما رواه أبو داود "كنا عند رسول الله فجاء رجل بمثل بيضة من ذهب، فقال يا رسول الله : أصبت من معدن فأعرض عنه. ثم أتاه من خلفه فأخذها فحذفه بها فلو أصابته لأوجعته أو لعقرته فقال الرسول: يأتي أحدكم بما يملك ويقول هذه صدقة ثم يقعد يستكف الناس (أي يمد كفه إليهم) خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى"[2].

وإذا كانت السوق عبارة عن جماعة المستهلكين الرشيدين، وهم النسبة العظمى من مجموع المستهلكين في مجتمع إسلامي فإنه يمكن إثبات بعض الأفكار ذات الصلة بتقرير حرية الفرد المستثمر تجاه المصالح الترتيبية (ضروريات ثم حاجيات ثم تحسينيات) على النحو الآتي:

أ). يمكن تصور حالة ممكن حدوثها في الاقتصاد الإسلامي وهي أن حاجة السوق (المستهلكين) هي التي تقترح المرتبة (ضروريات أو حاجيات أو تحسينيات) التي يمكن أن يتوجه إليها الاستثمار.

---

1 الطاهر بن عاشور، مرجع سابق، ٧٥.
2 رواه أبو داود. وفي البخاري بلفظ: "خير الصدقة ما كان عن ظهر غني، وابدا بمن تعول".

ب) لا يمكن تصور خلو ساحة الضروريات أو الحاجات الأساسية من الإنتاج الخاص في الاقتصاد الإسلامي، لأن الممثلين لهذه الساحة تتوفر لهم القدرة الشرائية من قبل الدولة ومؤسسات التكافل الاجتماعي والصدقات الواجبة والتطوعية في المجتمع الإسلامي، ومن ثم فإن هناك مجالاً للمستثمر المسلم للبحث عن فرص مربحة في مستوى الضروريات والحاجيات.

ج) الفرد المسلم كمستثمر حر في الاختيار بين الفرص الاستثمارية المتاحة، بغض النظر عن انتمائها لأي مرتبة من المراتب الثلاث، ما دامت في دائرة المباح فإن الإباحة أوسع ميدان لحرية الفرد. ما لم يترتب على الاستثمار إضرار بالغير.

ولو حدث أن عزف الاستثمار الخاص عن دائرة الاستثمارات الضرورية والحاجية، وتركز في دائرة الكماليات؛ فإن واجب الدولة ابتداء توفير الضروريات العامة وسد حاجة الجمهور، ولديها الكثير من الوسائل التي يمكن تفعيلها لخلق فرص مربحة في دئرة الضروريات والحاجات الأساسية مثل الدعم المالي وتوفير الدراسات الاستشارية، وبناء المرافق العامة.

وفي هذا الصدد نؤكد على أن ترتيب وسائل الحفاظ على مقاصد الشريعة على النحو الآتي: ضروريات ثم حاجيات ثم تحسينيات لا يمثل قيداً على المستثمر الخاص في الاقتصاد الإسلامي، فيحق للمستثمر الخاص أن يستثمر في أي مرتبة بشرطين: الأول أن لا يخل بمقصود من مقاصد الشرعية الخمسة. والثاني: ألا يترتب على الاستثمار تفويت مصلحة أهم من المصلحة التي حققها الاستثمار ويظهر هذا الشرط في حالات التعارض الملجيء بين المصالح، أي في حالات عدم إمكانية التوفيق بين المصالح.

وهذه النتيجة تجمع بين أمرين:

الأول: الميزة الفردية للاستثمار الخاص.

الثاني: الوظيفة الاجتماعية للاستثمار الخاص.

على أننا نرى أن مراعاة المستثمر المسلم في جانب من استثماراته سلم الأولويات من غير تعارض هو أكثر كمالاً وأفضلية من إهماله لهذه الأمر بالكلية.

الملحق الثاني

ملخص في أحكام تقييد الحق الخاص بمراعاة حق الغير

يتقيد الحق الخاص عند التعارض بالحق الفردي وبالمصلحة العامة، ويعرض هذا الملحق باختصار إلى أهم أحكام هذا التقييد من خلال المباحث الآتية[1]:

١. منع الإضرار بالمجتمع.

٢. منع الإضرار بالأفراد.

المبحث الأول

منع الإضرار بالمجتمع (تقييد الحق الفردي للمصلحة العامة):

تمتاز المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة بالشمول، فتكون أولى بالتقديم والرعاية، لأن عموم المصلحة وشمولها العدد الكبير من الناس من عوامل تقديمها على غيرها من المصالح عند التعارض مع استوائهما في الرتبة.

وقد قرر الفقهاء والأصوليون بناء على استقراء الأحكام الشرعية، وما دلت عليه من رعاية المصلحة، وتقديمها على المصلحة الخاصة القواعد التي تهيمن على هذا التعارض كلما طرأ لترفعه، وتنسق بين المصالح الفردية والصالح العام مثل "المصلحة العامة مقدمة"[2]، و "يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام".

وأما أن الصالح العام هو الأصل في الاعتبار عند التعارض الطارئ، وأنه الإطار الذي ينبغي أن تدور في فلكه المصالح الفردية؛ فذلك لأنه حق الله الذي لا يجوز إسقاطه، أو إهماله، أو التنازل عنه، أو الاتفاق على خلافه إجماعاً لعظيم خطره وشمول نفعه[3].

وبناء على القول بأن "المصلحة العامة مقدمة" فإن التصرف المأذون فيه شرعاً للفرد لجلب مصلحة أو درء مفسدة، لا يطلق القول فيه بالمشروعية، لأنه قد ينشأ عنه ضرر عام، يلحق المسلمين عامة، أو قطراً من أقطارهم، أو أهل بلد منهم، أو جماعة عظيمة، ويغلب على الظن وقوعه، فعندئذ يمنع الفرد من هذا التصرف وإن لحق به ضرر، لأنه ينجبر بالتعويض العادل إن كان له وجه، وذلك لما يؤول إليه من إخلال بمبدأ التعاون أو المصلحة العامة.

وضابط ذلك الموازنة بين المصلحة التي شرع التصرف من أجلها، وبين ما يلزم عنها من مفسدة مساوية أو راجحة، فإذا لزم عنها ذلك أصبح التصرف غير مشروع لمناقضته قصد

---

1 تمت الاستفادة في إعداد هذا الملحق من: عبدالباري مشعل، "معيار الربحية التجارية للمشروعات الخاصة في الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٨٧- ٢٩٤.

2 الشاطبي، ج٢، مرجع سابق، ص٣٥٠- ٣٦٩.

3 فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤٠٤هـ، ص٢٧٣.

الشارع، ولو كان في الأصل مشروعاً، إذ التصرفات لم يُأذن بها لتكون وسائل لتحقيق مفاسد راجحة أو مساوية للمصالح التي شرعت من أجلها، ولأن درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة. وسواء كان الضرر صغيراً أم كبيراً، لأن الضرر العام ضرر كبير دائماً.

على أنه لا يشترط في تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام أن يكون الشخص قد قصد باستعمال ملكه إلحاق الضرر بالعامة، بل إن الضرر العام ممنوع ولو لم تتجه نية المالك إلى إلحاق الضرر مادام يؤدي فعله إلى إلحاق الضرر بالجماعة[1].

ولقد صور الرسول صلى الله عليه وسلم - الحدود التي تحد من حرية الأفراد في التصرف ضمن إطار المصلحة العامة في حديث السفينة: "مثل القائم على حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة، فاصاب بعهم أعلاها، وبعضهم أسفلها، فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا، فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً، وإن أخذوا على أيديهم نجَوا، ونجَوا جميعاً"[2]. فالفريق الذي أراد أن يخرق السفينة إنما يتصرف في حقه ونصيبه، وظاهر الحديث أنهم لم يقصدوا الإضرار بدليل قولهم: "ولم نؤذ من فوقنا" ولكن لما كان مآل تصرفهم في نصيبهم مفضياً لا محالة إلى الإضرار بمن في السفينة جميعاً أوجب الشارع على بقيتهم أن يأخذوا على أيديهم وقاية للجماعة من مآل هذا التصرف ولو لم يفعلوا ذلك بدافع غير مشروع.

وهكذا يتضح أن الصالح العام شرط أساسي تتوقف عليه إمكانية تحقيق الفرد لمصالحه الذاتية، إذا الفرد بطبيعته لا يسعه العيش إلا في وسط اجتماعي، هذا الوسط ذو مصلحة عامة، وإذا كان هذا شرطاً تتوقف عليه إمكانية تمتع الفرد بحقوقه وحرياته، فإن مناقضته تعود على الفرد نفسه بالضرر، لا ستحالة تحقيق صالحه الخاص وصالح غيره من الأفراد الذين يعيشون معه على الوجه الأكمل حالاً أو مآلاً، فإن أدرك الأفراد هذه الحقيقة عن وعي حتى ألزمهم ذلك رعاية هذا الشرط إبان تصرفهم في حقوقهم وحرياتهم كسباً وانتفاعاً، كان في ذلك تحقيق للمعنى الاجتماعي والسياسي والاقتصادي لما مُنِحُوه من حريات وحقوق بحكم هذا التشريع ضرورة، وهو المعنى الجديد الذي أتى به هذا التشريع للحق والحرية.

أما إذا تهاون الأفراد في ذلك، أو كانوا على غير وعي كاف لإدراك تلك الصلة التي وثقها الإسلام بين الحرية الفردية والصالح العام، فإن على الدولة أن تلزم الأفراد بذلك تشريعاً ملزماً حماية لجهة التعاون؛ إذ غاية الشرع المصلحة، والفعل المشروع يصبح غير

1 محمد عبدالسلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج٢، ص١٤٥- ١٤٧. محمد ابو زهرة، التعسف في استعمال الحق، أسبوع الفقه الإسلامي، ص٣٦- ٣٧. محمد عبدالله العربي، "الملكية الخاصة وحدودها في الإسلام"، التوجيه التشريعي، ج١، ص٩٤.

2 رواه البخاري.

مشروع إذا آل إلى مآل ممنوع وهو الضرر الأرجح، ولا شك أن دفع الضرر العام أرجح من المصلحة الفردية.

ومن الأحكام التطبيقية "التفصيلية" في هذا المجال: وجوب نقض حائط مملوك مال إلى طريق العامة على مالكه، والحجر على البالغ العاقل الحر عند أبي حنيفة في ثلاث: المغني الماجن والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس، وجواز الحجر على السفيه عند صاحبي أبي حنيفة، وبيع مال المديون عند الصاحبين لقضاء دينه دفعاً للضرر عن الغرماء، والتسعير عند تعدي أرباب الطعام في بيعه بغبن فاحش، وبيع طعام المحتكر جبراً عليه عند الحاجة وامتناعه عن البيع، ومنع اتخاذ حانوت للطبخ عند البزازين[1]، ومن ذلك أيضاً النهي عن تلقي الركبان، وبيع الحاضر للبادي، واتفاق السلف على تضمين الصناع، مع أن الأصل فيهم الأمانة. وقد زادوا في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم من غيره مما رضي أهله وما لم يرض أهله.

تلقي الركبان وبيع الحاضر للبادي:

باب الحكم على الخاصة لأجل العامة واسع، ومنه نزع الملكية الخاصة للمنافع العامة[2]، ومن الأمثلة البارزة في تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، أو في تقييد الخاصة لأجل العامة ما يأتي:

١. منع تلقي الركبان وبيع الحاضر للبادي.
٢. إجبار ذوي الكفاءات على القيام بفروض الكفاية في حال امتناعهم عن العمل.
٣. فرض الضرائب (التوظيف).
٤. التسعير.

وتعد الأمثلة الثلاثة الأخيرة من نوع القيود الاستثنائية التي تفرض في ظروف خاصة خلافاً للأول. وإثراء للموضوع سنقصر النقاش على الأول[3].

نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تلقي الركبان، بمعنى أن يخرج لما في بعض التجار لشراء السلع من الجالبين لها إلى السوق، والبيع لهم قبل دخولهم فيه، لما في ذلك من ضرر بهم وبأهل السوق.

وفي صحيح البخاري عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تَلَقُّوا الركبان ولا يبع حاضر لباد"، وقال ابن عباس في تفسير قوله: لا يبع حاضر لباد: لا يكون له سمساراً[4].

---

1 ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، مؤسسة الحلبي، القاهرة، ١٩٦٨، ص ٨٧.

2 الشاطبي، ج٣، مرجع سابق، ص٢٥٩.

3 للاطلاع على مناقشة الأمثلة الأخرى ينظر: عبدالباري مشعل، معيار الربحية التجارية للمشروعات الخاصة في الاقتصاد الإسلامي، ص ٢٩٥ وما بعدها.

4 ابن حجر فتح الباري، الرياض الحديثة، دار الفكر م د.ت، م٤، ص٣٧٠.

والمعنى أنه متى ترك البدوي يبيع سلعته اشتراها الناس برخص ويُوسَّع عليهم السعر، فإذا تولى الحاضر بيعها وامتنع من بيعها إلا بسعر البلد ضاق على أهل البلد[1].

وفي هذه المسألة قيدت حرية التجارة بما ينفي الضرر عن أهل البلد، فالتصرف مأذون فيه لأنه يتعلق بمصلحة فردية، وهي إرفاق الشخص لعياله، وكسب الرزق بما يدفع عنهم الحاجة والعسر، أو يقيم أود حياتهم، فالمصلحة حاجية، وقد تبلغ حد الضرورة، ولكن لم يطلق القول بالمشروعية بالنظر إلى ما يؤول إليه تصرفه ولو كان الباعث عليه مشروعاً، من مآل ممنوع، وهو الإخلال بمبدأ التعاون، فرجح ما يقتضيه هذا المبدأ من دفع ضرر أشد.

وفي هذا يقول الشاطبي: "إن جهة التعاون هنا أقوى". ويعلق الشيخ عبدالله دراز موضحاً الأصل الذي يوقم عليه منع تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي بقوله: "وإهمال هذا الكسب وتركه منهي عنه، ولكنه يؤدي إلى مصلحة عامة حيث يشترون من السوق حاجاتهم بدون تعنت الوسيط الذي يرفع الأثمان، فهو منهي عنه يؤدي إلى مطلوب، وهو إرفاق العامة، فقدمت المصلحة العامة... ومثله بيع الحاضر للبادي: هو من الضروري أو الحاجي، وهو نصح مطلوب، وتركه منهي عنه، ولكن هذا الترك فيه تعاون ورفق بأهل الحضر، لأن البدوي يبيع لهم حسبما يفهم هو في الأسعار، ولكن الحاضر إذا باع لهم يقف على الأسعار الجارية في الحضر، وفيه تضييق عليه فألغي النهي عن ترك النصح، وروعي المطلوب، وهو التعاون رفقاً بالحضر، وتقديماً للمصلحة العامة"[2].

المبحث الثاني

منع الإضرار بالأفراد (تقييد المصلحة الفردية لمصلحة فردية أخرى):

هناك ثلاث حالات يتصور فيها تقييد الحق الفردي لحق فردي آخر نتناولها فيما يأتي:

أولاً: استعمال الحق لمجرد قصد الإضرار بالغير ممنوع:

تقدم في مسألة المصالح معتبرة في الأحكام (في الملحق الأول) ما يكفي في بيان ذلك، ومثاله من السنة النبوية ما رواه سَمُرة بن جندب رضي الله عنه "أنه كان له عذق من نخل في حائط رجل من الأنصار ومع الرجل أهله، وكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به، وشقَّ عليه، فطلب أن يناقله فأبى، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال: فهبه له ولك كذا وكذا (أمرا رغبه فيه) فأبى، فقال: أنت مضارٌّ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم للأنصاري: اذهب فاقلع نخله"[3]. وفي رواية أخرى أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

1 ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، ١٩٧٠، ج٤، ١٦٢.

2 الشاطبي، مرجع سابق، ج٢، ص٣٥٠، ج٣، ص٢٦٠، هامش ص ٢٥٩.

3 رواه ابو داود.

أن يعطيه نخلة مكان نخلته[1]. وفي رواية ثالثة علل الرسول صلى الله عليه وسلم هذه المبادلة بقوله: "فإنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"[2].

ثانياً: إذا اختلط قصد الإضرار بالغير بغرض آخر للمالك صحيح:

هنا ينظر فيما إذا كان فعله لازما وملائماً لذلك الغرض بألا يكون ثمة وجه آخرمن الاستعمال لتحقيقه لا يتضرر منه الغير. فإن كان هناك وجه آخر للاستعمال لم يتجه إليه مع علمه بلزوم المضرة قطعاً أو غالب الظن اعتبر متعسفاً لأن إصراره على استعمال حقه على ذلك الوجه الضار قطعاً أو ظناً مع أن له سعة في غيره مظنة قصد الإضرار أو على الأقل مظنة إهماله وتقصيره في الاحتياط، أو إهماله للمعنى الاجتماعي الذي ينطوي عليه مفهوم الحق في الإسلام، وكل ذلك يوجب منعه، دفعاً للضرر قبل وقوعه، أو الضمان لما وقع من أضرار.

مثال ذلك: المزارع الذي يعلم قطعاً أن سقي زرعه في وقت معين يتضرر به زرع غيره أو يتلف، وهو غير محتاج إلى ري زرعه في ذلك الوقت المعين، بل له سعة في ذلك ولا يتضرر إن سقاه في وقت آخر، فإذا أصر على استعمال حقه على الوجه الضار فإنه يمنع وإذا فعل ووقع الضرر ضمن.

ويلاحظ أنه في النوعين المذكورين آنفاً استعمال للحق بقصد الإضرار بالغير، وبيانه أن انتفاء المصلحة المشروعة في النوع الأول يعتبر قرينة على أنه قصد الإضرار بغيره، وقرينة ذلك في النوع الثاني اختياره لوجه في الاستعمال يسبب لغيره ضرراً[3].

أما إذا لم يكن هناك وجه آخر للاستعمال، فلا يخلو: إما أن يكون على غير الوجه المعتاد كأن يؤجج في أرضه ناراً في يوم عاصف فيحترق ما يليه فإنه متعدٍ وعليه الضمان، وإما أن يكون على الوجه المعتاد وترتب على استعماله إضرار بالآخرين فهذا مما حصل فيه الخلاف، والراجح ما ذهب إليه الأئمة مالك وأحمد وهو المنع من استعمال الحق إذا كان الضرر فاحشاً[4].

وإن لم يكن الضرر فاحشاً أو راجحاً بأن كان مساوياً أو مرجوحاً بالنسبة للضرر الذي سيترتب على منع صاحب الحق فحق المالك مقدم. وبيان ذلك أن مصلحة صاحب الحق قد اصطدمت بمصلحة أخرى وتعارضت معها، ولا بد من ترجيح إحداهما علىالأخرى بالموازنة بينهما، والأساس في ذلك أن الشريعة مبينة على جلب المصالح ودراءالمفاسد، وأن

---

1 ابن رجب، جامع العلوم والحكم، مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط٣٢، ١٩٥٠، ص ٢٧٠.

2 ابن رجب، مرجع سابق، ص٢٧٠، وذكر ابن رجب أن هذه الرواية خرجها أبو داود في المراسيل.

3 محمد أبو زهرة، التعسف في استعمال الحق، أسبوع الفقه الإسلامي، ص ٣١. العبادي، ص ١٤٢.

4 والقول الآخر بعدم المنع للشافعي وأبي حنيفة (ينظر ابن رجب، ص ٢٦٩) وينظر خلاف العلماء وأدلتهم في: عبدالسلام العبادي، مكتبة الأقصى، عمان، الأردن، ط١، ١٩٧٤، ص ١٣١- ١٤٠، ومحمد فاروق النبهان، الاتجاه الجماعي، الرسالة، بيروت، ط٣، ١٤٠٥هـ، ص ١٩٩- ٢٠٣.

درء المفاسد مقدم على جلب المصالح. وأن يختار أهون الشرين، فلا يجوز له استعمال ملكه فيما يسبب لغيره أضراراً راجحة على ما ينال المالك من ضرر فيما إذا منع من ذلك.

وحق المالك مقدم فيما إذا كانت الأضرار مساوية، لترجح جانبه بكونه مالكاً يتصرف في ملكه بما ينفعه، وكذلك إذا كانت الأضرار مرجوحة، لأن منع استعمال الملك من أجل الأضرار العادية المألوفة يؤدي إلى تعطيل حقوق المالك، والأصل أن له الولاية على ما يملك.

والجدير بالذكر أن المرجع في معرفة الضرر وعدمه فيما يحدث من تصرفات الملاك إلى العرف والخبراء[1].

ومن أمثلة هذا النوع: أن يفعل في ملكه ما يضر الجيران برائحته أو صوته أو حركته كأن يبني في ملكه فرناً أو مدبغة أو طاحونة[2].

ومن ذلك ما روى سمرة إذ اجتمع في سمرة قصد الإضرار والضرر الظاهر بالغير.

ثالثاً: إجبار المالك على الإذن بالارتفاق بملكه إذا لم يتضرر من ذلك:

فإذا كان ذلك يضر بانتفاعه بملكه فله المنع، كمن له جدار واه لا يحمل أن يطرح عليه خشب. وإذا امتنع مع عدم ضرره يعتبر متعسفاً، لان امتناعه لم يكن لغرض صحيح وهذا أظهر وجوه التعسف.

وإذا كان ارتفاق الغير لا يُعَرَّى عادة عن نوع ضرر، لكنه إذا قيس بما ينشأ عن امتناعه من ضرر بغيره كان قليلاً أو تافهاً، أجبر المالك على ذلك أيضاً. ومذهب الإمام أحمد أنه لا يجوز المنع إذا لم يلحق المالك مضرة، كما في طرح الخشب على جدار الجار. ووافقه الإمام الشافعي في القديم.

ومن ذلك أيضاً: إجبار المالك على إجراء الماء على أرضه لمصلحة غيره، كما ورد في قضاء عمر رضي الله عنه على محمد بن مسلمة (فقد روى مالك في الموطأ أن الضحاك بن خليفة ساق خليجاً له من العُرَيض، فأراد ان يَمُرَّ به في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد، فقال الضحاك: لم تمنعني وهو لك منفعة، تشرب به أولاً وآخراً ولا يضرك، فأبى محمد، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب، فدعا عمر محمد بن مسلمة فأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد: لا، فقال: لم تمنع أخاك ما ينفعه، وهو لك نافع، تسقي به أولا ًوآخراً، وهو لا يضرك، فقال محمد: لا ولله، فقال عمر: والله لَيَمُرَّنَّ به ولو على بطنك، فأمره عمر أن يمر به، ففعل الضحاك) وهو إحدى الروايتين عن أحمد[3].

---

1 عبدالسلام العبادي، مرجع سابق، ص١٤١- ١٤٢. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد، مؤسسة الثقافة الجماعية، الاسكندرية، د.ت، ص٧٤- ٧٥.

2 ابن رجب، ص ٣٦٩.

3 ابن رجب، ٢٧١.

ومنه: أن يسكن المالك المضطر إلى المأوى، إذا لم يتضرر المالك، وكان في الدار متسع، وهو مذهب الإمام أحمد.

ويقاس على ذلك المنقولات المملوكة والفندق وكل ما ينتفع به من عقار أو منقول فيجبر أصحابه على تمكين غيرهم من الانتفاع بما يملكون عند الضرورة أو الحاجة القريبة منها، واختلف العلماء في أخذ أجرة المثل على ذلك فبعضهم أجاز وبعضهم حرم، وهذا أوجب التمكين من الانتفاع مجاناً وهو قول ابن تيمية[1].

ومن هذا النوع أيضاً إجبار مالك البئر وعين ماء في أرضه على بذل فضل مائه لمصلحة غيره عند الحاجة[2].

ويلاحظ أن هذه القيود الواردة على الأملاك المتجاورة بصفة خاصة قيود مفروضة فرضاً على حق الملكية مما يقطع بأن الغاية من القيود هي أداؤه لوظيفته الاجتماعية.

ومن الأمثلة على تقييد المصلحة الخاصة لمصلحة خاصة أخرى إنظار المعسر وحالة التملك الجبري بالشفعة والحجر على المدين وبيع أمواله جبراً عنه والنهي عن بيع المضطر[3].

---

1 ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، دار الكتب العلمية، بيروت، ص ٢٦.

2 ابن رجب، ٢٧١.

3 مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص ٢٤٧- ٢٤٨. عبدالسلام العبادي، مرجع سابق، ص١٦٨- ١٧٨، ٢٧٣- ٢٧٧. ابن رجب، مرجع سابق، ص٢٦٨- ٢٦٩.

رأي خاص

بناء على بحثي المقاصد الترتيبية ومراعاة المصلحة العامة في المعايير الشرعية للتصنيف

الذي يتلخص لي من الملحقين السابقين أن بنبغي على البنوك الإسلامية من خلال السياسة الاستثمارية والتمويلية بصفة عامة أن تراعي ما يأتي:

١. حفظ الضروريات الخمس، وتوزيع الاستثمار والتمويل عليها ينبغي أن يكون مراعى في المنتجات المالية الإسلامية.

٢. مراعاة قوة المصلحة ضرورية أو حاجية أو تحسينية ينبغي أن يكون له مكان في السياسية الاستثمارية والتمويلية للبنوك الإسلامية ومن ثم تنعكس هذه السياسة في المنتجات المطبقة وتوزيع الاستثمار والتمويل على القطاعات ونوعية المستفيدين.

٣. مراعاة فروض الكفايات، ينبغي أن يكون مراعى في السياسة الاستثمارية والتمويلية للبنوك الإسلامية، ومن ثم ينعكس في نوعية منتجاتها وتوزيع الاستثمار والتمويل ونوعية المستفيدين منها.

٤. مراعاة المصالح العامة بصرف النظر عن التعارض مع المصالح الخاصة ينبغي أن يأخذ مكانته في السياسية الاستثمارية والتمويلية للبنوك الإسلامية.

وهذه الأمور السابقة تشكل تأصيلاً لما ذكرناه من معايير باسم معيار إعمار الأرض ومراعاة وتقديم المصلحة العامة.

وفي الختام يرى الباحث أنه رغم أن البنوك الإسلامية مستثمر خاص، لكن يجب أن يكون لها أحكام خاصة بحكم ما توفر لها من أموال الأمة التي تجمعت لديها، ولذا أرى أن تعتمد في سياساتها ما سبق من أمور كأسس جوهرية لفلسفتها وتميزها عن البنوك التقليدية الربوية.

الملحق الثالث

فكرة التصنيف الشرعي للمنتجات الإسلامية على أساس مراتب من الحلال

اهتمت الدراسات المتخصصة في الاقتصاد الإسلامي بتقديم تحليلات عميقة للصيغ الشرعية للاستثمار والتمويل وترتيبها، بالنظر إلى اعتبارات مختلفة منها[١]:

١. اعتبارات للوساطة المالية.
٢. اعتبارات التمويل.
٣. اعتبارات المخاطرة والسيولة والربحية.
٤. اعتبارات التسنيد (التصكيك) والتداول.

وقد تبدو مسألة التصنيف الشرعي على أساس وضع مراتب أو درجات للحلال مستغربة للوهلة الأولى. فقد يقال إن المنتج المالي إما أن يكون حلالاً أو حراماً، ولا يتصور أن نصنف الحلال نفسه؛ لكن عندما تتضح اعتبارات التصنيف الشرعي يزول الإشكال. فالتصنيف الشرعي للمنتجات من حيث كونها أكثر قرباً لتحقيق مقاصد الشريعة يقوم على أن اعتبارات مثل: تحريم الربا، والخراج بالضمان والغرم بالغنم، وعدم الغرر، وهذه الاعتبارات ليست حداً متساوياً على مستوى كل صيغة مشروعة أو منتج إسلامي مطبق في السوق؛ بل إن هناك اعتبار ضمني وزمني يتأثر بنوع الصيغة الأصلية ثم بالشروط والقيود التي أسهمت في تصميم المنتج الإسلامي المستند إلى تلك الصيغة.

فعلى صعيد معيار تحريم الربا نجد أن عدم كون المنتج ربوياً صريحاً لا ينفي أن تركيبته المتكاملة تحوله إلى منتج ربوي، وفي هذه الشأن يقول الشيخ صالح الحصين في بحثه المشار إليه: "فإذا وجدت على رأي بعض الفقهاء أو ظهرت على رأي بعضهم إرادة الفاعلِ المحرمَ صار الفعلُ حيلة ملعونة على لسان الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم"[٢].

وفي معيار الخراج بالضمان نجد أن المشاركة أكثر حظاً طبقاً لهذا المعيار من البيوع الآجلة من حيث طول فترة التعرض الضمان دون وجود أي عائد.

أما في معيار الغرر نجد المشاركة أبعد عن الغرر من الإجارة؛ لأن الشريكين إما أن يغنما جميعاً أو يغرما جميعاً، وهذا أقرب إلى العدل من أن يضمن أحدهما عائده ويبقى الآخر تحت الخطر. والسلم أكثر غرراً من الإجارة لأن المسلم إليه يضمن المسلم فيه دائماً بينهما المستأجر لا يضمن العين المستأجرة إلا عند التعدي والتقصير[٣].

---

1 ينظر: عبدالباري مشعل، "آليات التوازن الكلي في الاقتصاد الإسلامي"، رسالة دكتوراة غير منشورة، قسم الاقتصاد الإسلامي بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢١هـ، ص ٢١٨ وما بعدها.

2 ص٧ من البحث.

3 ينظر: عبدالباري مشعل، "آليات التوازن الكلي في الاقتصاد الإسلامي"، رسالة دكتوراة ؛ سامي السويلم، موقف الشريعة الإسلامية من الدين.

ويستأنس لمثل هذا النوع من التصنيف باستدلالات لطيفة لشيخ الإسلام ابن تيمية في معرض ترجيحه لجواز المساقاة والمزارعة.

وفيما يأتي بعض النصوص من كلام شيخ الإسلام ابن تيمية[1] :

"وَلِأَنَّ الْمُزَارَعَةَ أَبْعَدُ عَنْ الْغَرَرِ مِنْ الْمُؤَاجَرَةِ لِأَنَّ الْمُتَعَامِلَيْنِ فِي الْمُزَارَعَةِ إمَّا أَنْ يَغْنَمَا جَمِيعًا أَوْ يَغْرَمَا جَمِيعًا فَتَذْهَبُ مَنْفَعَةُ بَدَنِ هَذَا وَبَقَرِهِ وَمَنْفَعَةُ أَرْضِ هَذَا . وَذَلِكَ أَقْرَبُ إلَى الْعَدْلِ مِنْ أَنْ يَحْصُلَ أَحَدُهُمَا عَلَى شَيْءٍ مَضْمُونٍ وَيَبْقَى الْآخَرُ تَحْتَ الْخَطَرِ ؛ إذْ الْمَقْصُودُ بِالْعَقْدِ هُوَ الزَّرْعُ ؛ لَا الْقُدْرَةُ عَلَى حَرْثِ الْأَرْضِ وَبَذْرِهَا وَسَقْيِهَا ".

"وَإِذَا كَانَتْ التَّصَرُّفَاتُ الْمَبْنِيَّةُ عَلَى الْمُعَادَلَةِ هِيَ مُعَاوَضَةٌ أَوْ مُشَارَكَةٌ . فَمَعْلُومٌ قَطْعًا : أَنَّ الْمُسَاقَاةَ وَالْمُزَارَعَةَ وَنَحْوَهُمَا مِنْ جِنْسِ الْمُشَارَكَةِ لَيْسَا مَنْ جَنْسِ الْمُعَاوَضَةِ الْمَحْضَةِ وَالْغَرَرُ إنَّمَا حَرُمَ بَيْعُهُ فِي الْمُعَاوَضَةِ لِأَنَّهُ أَكْلُ مَالٍ بِالْبَاطِلِ . وَهُنَا لَا يَأْكُلُ أَحَدُهُمَا مَالَ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ إنْ لَمْ يَنْبُتْ الزَّرْعُ فَإِنَّ رَبَّ الْأَرْضِ لَمْ يَأْخُذْ مَنْفَعَةَ الْآخَرِ ؛ إذْ هُوَ لَمْ يَسْتَوْفِهَا وَلَا مَلَكَهَا بِالْعَقْدِ وَلَا هِيَ مَقْصُودَةٌ ؛ بَلْ ذَهَبَتْ مَنْفَعَةُ بَدَنِهِ كَمَا ذَهَبَتْ مَنْفَعَةُ أَرْضِ هَذَا وَرَبُّ الْأَرْضِ لَمْ يَحْصُلْ لَهُ شَيْءٌ حَتَّى يَكُونَ قَدْ أَخَذَهُ وَالْآخَرُ لَمْ يَأْخُذْ شَيْئًا ؛ بِخِلَافِ بُيُوعِ الْغَرَرِ وَإِجَارَةِ الْغَرَرِ ؛ فَإِنَّ أَحَدَ الْمُتَعَاوِضَيْنِ يَأْخُذُ شَيْئًا وَالْآخَرُ يَبْقَى تَحْتَ الْخَطَرِ فَيُفْضِي إلَى نَدَمِ أَحَدِهِمَا وَخُصُومَتِهِمَا . وَهَذَا الْمَعْنَى مُنْتَفٍ فِي هَذِهِ الْمُشَارَكَاتِ الَّتِي مَبْنَاهَا عَلَى الْمُعَادَلَةِ الْمَحْضَةِ الَّتِي لَيْسَ فِيهَا ظُلْمٌ أَلْبَتَّةَ لَا فِي غَرَرٍ وَلَا فِي غَيْرِ غَرَرٍ . وَمَنْ تَأَمَّلَ هَذَا تَبَيَّنَ لَهُ مَأْخَذُ هَذِهِ الْأُصُولِ . وَعَلِمَ أَنَّ جَوَازَ هَذِهِ أَشْبَهُ بِأُصُولِ الشَّرِيعَةِ وَأَعْرَفُ فِي الْعُقُولِ وَأَبْعَدُ عَنْ كُلِّ مَحْذُورٍ مِنْ جَوَازِ إجَارَةِ الْأَرْضِ ؛ بَلْ وَمِنْ جَوَازِ كَثِيرٍ مِنْ الْبُيُوعِ وَالْإِجَارَاتِ الْمُجْمَعِ عَلَيْهَا حَيْثُ هِيَ مَصْلَحَةٌ مَحْضَةٌ لِلْخَلْقِ بِلَا فَسَادٍ ".

ومن ذلك قوله[2]: "وَمَنْ تَدَبَّرَ الْأُصُولَ تَبَيَّنَ لَهُ أَنَّ الْمُسَاقَاةَ وَالْمُزَارَعَةَ وَالْمُضَارَبَةَ أَقْرَبُ إلَى الْعَدْلِ مِنْ الْمُؤَاجَرَةِ ؛ فَإِنَّ الْمُؤَاجَرَةَ مُخَاطَرَةٌ وَالْمُسْتَأْجِرَ قَدْ يَنْتَفِعُ وَقَدْ لَا يَنْتَفِعُ بِخِلَافِ الْمُسَاقَاةِ وَالْمُزَارَعَةِ فَإِنَّهُمَا يَشْتَرِكَانِ فِي الْغُنْمِ وَالْغُرْمِ فَلَيْسَ فِيهَا مِنْ الْمُخَاطَرَةِ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ مَا فِي الْمُؤَاجَرَةِ".

ومن ذلك قوله[3]: "وَمَنْ أَعْطَى النَّظَرَ حَقَّهُ عَلِمَ أَنَّ الْمُزَارَعَةَ أَبْعَدُ عَنْ الظُّلْمِ وَالْقِمَارِ مِنْ الْإِجَارَةِ بِأُجْرَةٍ مُسَمَّاةٍ مَضْمُونَةٍ فِي الذِّمَّةِ ؛ فَإِنَّ الْمُسْتَأْجِرَ إنَّمَا يَقْصِدُ الِانْتِفَاعَ بِالزَّرْعِ النَّابِتِ فِي الْأَرْضِ فَإِذَا وَجَبَ عَلَيْهِ الْأُجْرَةُ وَمَقْصُودُهُ مِنْ الزَّرْعِ قَدْ يَحْصُلُ وَقَدْ لَا يَحْصُلُ كَانَ فِي هَذَا حُصُولُ أَحَدِ الْمُتَعَاوِضَيْنِ عَلَى مَقْصُودِهِ دُونَ الْآخَرِ . وَأَمَّا الْمُزَارَعَةُ فَإِنْ حَصَلَ الزَّرْعُ

1 ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، الفقه، البيع، قواعد جامعة في عقود المعاملات المالية والنكاحية، فصل : قاعدة العقود حلالها وحرامها، فصل : حرم بعض العلماء المساقاة والمزارعة.

2 ابن تيمية، مَجْمُوعُ فتاوى ابْن تيمية، أُصُولُ الْفِقْهِ، التَّمَذْهُبُ، رِسَالَةٌ فِي صِحَّةِ مَذْهَبِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، فَصْلٌ مَذْهَبُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ فِي الْعُقُوبَاتِ وَالْأَحْكَامِ.

3 ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، أصول الفقه، التمذهب، رسالة في معنى القياس، مسألة : كلام كثير من الفقهاء هذا خلاف القياس لما ثبت بالنص، فصل قول الصحابي إذا خالف القياس.

اشْتَرَكَا فِيهِ وَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ شَيْءٌ اشْتَرَكَا فِي الْحِرْمَانِ فَلَا يَخْتَصُّ أَحَدُهُمَا بِحُصُولِ مَقْصُودِهِ دُونَ الْآخَرِ فَهَذَا أَقْرَبُ إلَى الْعَدْلِ وَأَبْعَدُ عَنْ الظُّلْمِ مِنْ الْإِجَارَةِ ".

ومن ذلك قوله[1]: "وَالْمُزَارَعَةُ أَحلُّ مِنْ الْمُؤَاجرَةِ وَأَقْرَبُ إلَى الْعَدْلِ وَالْأُصُولِ ؛ فَإِنَّهُمَا يَشْتَرِكَانِ فِي الْمَغْنَمِ وَالْمَغْرَمِ ؛ بِخِلَافِ الْمُؤَاجرَةِ فَإِنَّ صَاحِبَ الْأَرْضِ تُسَلَّمُ لَهُ الْأُجْرَةُ وَالْمُسْتَأْجِرُ قَدْ يَحْصُلُ لَهُ زَرْعٌ وَقَدْ لَا يَحْصُلُ".

ومن ذلك قوله[2]: "وَكَانَ آلُ أَبِي بَكْرٍ يُزَارِعُونَ وَآلُ عُمَرَ يُزَارِعُونَ وَآلُ ابْنِ مَسْعُودٍ يُزَارِعُونَ وَهَذَا عَمَلُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ زَمَنِ نَبِيِّهِمْ إلَى الْيَوْمِ . وَهِيَ كَانَتْ فِيهِمْ أَظْهَرَ مِنْ كِرَاءِ الْأَرْضِ بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ فَإِنَّهَا أَبْعَدُ عَنْ الظُّلْمِ وَالْغُرُورِ وَأَقْرَبُ إلَى الْعَدْلِ الَّذِي ثَبَتَتْ عَلَيْهِ الْمُعَامَلَاتُ".

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين والتابعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين، والحمد لله رب العالمين.

كتبه د.عبدالباري مشعل

٣ جمادى الثانية ١٤٣١ - ١٧ مايو ٢٠١٠

1 ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، الفقه، الجهاد، رسالة في الحسبة، ما يدخل في ولاية المحتسب، المزارعة.
2 ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، الفقه، باب المساقاة، مسألة : المزارعة على الأرض بشطر ما يخرج منها.